

VAASAN YLIOPISTO
FILOSOFINEN TIEDEKUNTA

Oskari Kivinen

Neuvottelumenettelyn käyttö käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa

Julkisoikeuden
pro gradu -tutkielma

VAASA 2016

SISÄLLYSLUETTELO

	Sivu
SISÄLLYSLUETTELO	1
KUVIO- JA TAULUKKOLUETTELO	3
TIIVISTELMÄ	5
1. JOHDANTO	7
1.1 Tutkimusaihe ja lähtökohdat	7
1.2. Tutkimusongelma ja tutkimuskysymykset	8
1.3. Tutkimustapa ja -aineisto	9
1.4. Tutkimuksen eteneminen	11
2. HANKINTAPROSESSI	12
2.1. Hankinnan valmistelu	13
2.2. Tarjouspyynnön laatiminen	16
2.3. Tarjousten käsittely ja arviointi	17
2.4. Hankintapäätöksen ja – sopimuksen tekeminen	19
3. HANKINTAMENETTELYT	22
3.1. Avoin menettely	23
3.2. Rajoitettu menettely	24
3.3. Puitejärjestely	25
3.4. Suunnittelukilpailu	26
3.5. Dynaaminen hankintajärjestelmä	27
3.6. Sähköinen huutokauppa	29
3.7. Suorahankinta	31
3.8. Neuvottelumenettely	31
3.8.1. Neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset	32
3.8.2. Menettelyn kulku	37
3.8.3. Neuvottelujen sisältö	40
3.9. Kilpailullinen neuvottelumenettely	42
3.9.1. Käyttöedellytykset	43
3.9.2. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulku	43

3.10. Hankintamenettelyt EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa	45
4. KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUKSET	47
4.1. Käyttöoikeussopimukseen liittyvä riski	48
4.2. Palvelukonsessio	51
4.2.1. Palveluhankinta	51
4.2.2. Palvelukonsession määritelmä	53
4.3. Rakennusurakkaa koskeva käyttöoikeussopimus eli urakkakonsessio	55
4.4. Käyttöoikeussopimusten kilpailuttaminen julkisena hankintana	57
4.5. Hankintalain kokonaisuudistuksen vaikutuksia	58
5. NEUVOTTELUMENETTELYN KÄYTTÖ KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUSTEN KILPAILUTTAMISESSA	59
5.1. Neuvottelujen sisältö käyttöoikeussopimuksia koskevassa neuvottelumenettelyssä	59
5.2. Käyttöoikeusurakka	60
5.3. Palvelukonsessio	62
6. JOHTOPÄÄTÖKSET	65
LÄHDELUETTELO	72

KUVIO- JA TAULUKKOLUETTELO

Kuvio 1. Hankintaprosessin eteneminen

13

VAASAN YLIOPISTO**Filosofinen tiedekunta****Tekijä:**

Oskari Kivinen

Pro gradu -tutkielma:

Neuvottelumenettelyn käyttö käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa

Tutkinto:

Hallintotieteiden maisteri

Oppiaine:

Julkisoikeus

Työn ohjaaja:

Kristian Siikavirta

Valmistumisvuosi:

2016

Sivumäärä: 76**TIIVISTELMÄ**

Julkisten hankintayksiköiden on kilpailuttava tekemänsä hankinnat käyttäen kilpailuttamisessa hankintalain mukaisia määrämuotoisia menettelyjä. Hankintaprosessi etenee hankinnan suunnittelusta varsinaisen hankintamenettelyn kautta hankintasopimuksen tekemiseen.

Tutkielmassani tarkastelen määrämuotoisista hankintamenettelyistä neuvottelumenettelyä ja sen soveltamista hankintatoimessa eritoten käyttöoikeussopimuksia kilpailuttaessa. Tutkielma etenee hankintaprosessin kuvauksesta määrämuotoisten hankintamenettelyjen läpikäyntiin. Pääpaino hankintamenettelyjen läpikäynnissä on neuvottelumenettelyn tarkempi tarkastelu, muut hankintamenettely käydään läpi varsin yleisellä tasolla ikään kuin antamaan taustaa ja helpottamaan tutkielman aiheen ymmärtämisestä. Seuraavaksi tutkielmassa syvennytään käyttöoikeussopimuksen käsitteeseen. Tutkielma päättyy tarkasteluun, jossa selvitetään neuvottelumenettelyn käyttöä käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa.

Neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan hankintalain määritelmän mukaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Neuvottelumenettelyssä hankintayksikön on mahdollista määritellä hankinnan sisältö ja valintaehdot tarjouskilpailuun mukaan valittujen toimittajien kanssa käydyissä neuvotteluissa. Lainsäädäntö ei rajoita seikkoja, joista neuvotteluissa voidaan neuvotella. Ainut neuvotteluille asetettu vaatimus on tarjoajien tasapuolinen kohtelu neuvottelujen aikana. Tyypillisiä neuvottelumenettelyn käyttötilanteita ovat pitkäkestoiset, usein monimutkaisia rahoituksellisia ja oikeudellisia järjestelyjä sisältävät käyttöoikeussopimukset. Neuvottelumenettelyä on mahdollista käyttää vain sellaisissa tapauksissa, kun lainsäädäntä nimellisesti antaa käytölle edellytykset.

Käyttöoikeussopimukset eroavat edellä kuvatusta tavallisesta hankinnasta siten, että niissä hankintayksikkö hankkii kyllä haluamansa palvelun tai rakennusurakan, mutta vastikkeena siitä toimittaja saa pelkän rahallisen korvauksen sijaan käyttöoikeuden sopimuksen kohteena olevaan palveluun tai urakan kohteena olevaan rakennukseen. Käyttöoikeuden lisäksi hankintayksikkö voi maksaa toimittajalle rahallista korvausta. Vastikkeen lisäksi tunnusomaista käyttöoikeussopimuksille on se, että niissä toiminnasta aiheutuvan riskin tulee siirtyä joko kokonaan tai merkittävin osin käyttöoikeuden saajalle. Esimerkkinä käyttöoikeussopimuksesta toimii hyvin hankintayksikön ja linja-autoyrittäjän välinen sopimus, jossa yrittäjä sitoutuu tarjoamaan kuljetuspalveluita sovitulla reitillä siten, että saa osan tuloistaan palvelua käyttäviltä asiakkailta ja osan hankintayksiköltä.

Neuvottelumenettelyn käyttö on sallittua käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa hankintalain 25 ja 66 §:ien nojalla. Neuvottelumenettelyä voidaan pitää hankintamenettelyistä kaikkein sopivimpana menettelyjä kilpailuttaessa luonteeltaan monimutkaisia ja laajoja käyttöoikeussopimuksia. Suurimpana vahvuutena neuvottelumenettelylle voidaan pitää siihen sisältyvää mahdollisuutta, että käyttöoikeussopimuksen kohdetta tai sen toteuttamistapaa ei tarvitse tarkkaan määritellä ennen hankintamenettelyn aloittamista, vaan neuvotteluissa on mahdollisuus tarkentaa sopimuksen kohdetta ja etsiä vaihtoehtoja sen toteuttamiselle.

AVAINSANAT: julkiset hankinnat, hankintamenettely, käyttöoikeus.

1. JOHDANTO

1.1 Tutkimusaihe ja lähtökohdat

Käsite julkinen hankinta tarkoittaa julkisilla varoilla tehtyä tavaroiden, palveluiden hankkimista tai rakennusurakoiden teettämistä. Julkisia hankintoja tekevät hankintayksiköt, joita ovat valtion ja kunnan viranomaiset, kuntayhtymät, kuntien liikelaitokset ja ns. julkioikeudelliset laitokset.¹ Julkisia hankintoja Suomessa sääntelee hankintalaki (Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348) ja EU-tasoisesti sääntely sisältyy hankintadirektiiviin (2004/18/EY). Hankintoja sääntelevän lainsäädännön keskeisimpänä tavoitteena on velvoittaa hankintayksiköt kilpailuttamaan tekemänsä hankinnat. Kilpailuttamisen avulla on tarkoitus taata menettelyn avoimuus ja syrjimättömyyden periaate sekä lisätä kilpailua ja yritysten kilpailukykyä markkinoilla.² Hankintalaki määrittelee lain tavoitteeksi lisäksi julkisten varojen käytön tehostamisen sekä laadukkaiden hankintojen tekemisen (JulkHankL 1 §). Julkisia hankintoja sääntelevän lainsäädännön merkitys on kasvanut hallintotoiminnassa, tarkastellaan niitä sitten millä mittarilla tahansa. Ostojen määrä on kasvanut vuosien saatossa, kuten myös markkinaoikeuteen saapuneiden valitusten määrä on kasvanut. Keskustelu hankinnoista, niiden avoimuudesta ja lopputuloksesta, on mediassa lisääntynyt. Suomessa hankintoja ohjaava lainsäädäntö perustuu hyvin pitkälti EU-direktiiveihin.³

Käyttöoikeussopimukset eli konsessiot ovat hankintasopimuksia, joissa hankintayksikkö hankkii haluamansa palvelun tai rakennuksen siten, että sen vastikkeena on tavanomaisen rahakorvauksen sijasta hankinnan toteuttajalle siirtyvä hankinnan kohteen käyttö tai hyödyntämisoikeus. Tällaisen käyttöoikeudenoikeuden lisäksi korvauksena käyttöoikeussopimuksen suorittamisesta voi olla hankintayksikön maksama maksu.⁴ Käyttöoikeussopimukset ovat luonteeltaan yleensä hyvin laajoja sekä monimutkaisia järjestelyjä.⁵

¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 21.

² Eskola & Ruohoniemi 2011: 21.

³ Ukkola 2013: 259.

⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 107-108.

⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 295.

Neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan yhtä hankintalaissa luetelluista menettelyistä, jolla hankintayksikön on mahdollista kilpailuttaa hankintansa. Hankintayksikön kannalta neuvottelumenettely on kaikkein joustavin ja vähiten säädelty hankintamenettely. Neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö neuvottelee hankinnan lopullisesta sisällöstä ja valintaehdot menettelyn aikana tarjoajien kanssa. Koska neuvottelumenettely on sisällöltään niin vähän säädelty ja se on hankintalain mukaisista menettelyistä vähiten avoin, on sen käyttö rajattu tiukasti, ja sen käyttäminen edellyttää lainsäädännössä määriteltujen ehtojen täyttymistä.

1.2. Tutkimusongelma ja tutkimuskysymykset

Tutkimukseni tavoitteena on etsiä vastauksia ja määritelmiä seuraaviin kysymyksiin:

- 1) Käyttöoikeussopimuksen käsitteen määrittely ja erityispiirteet
- 2) Neuvottelumenettely ja sen sisältö
- 3) Neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuudet käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa

Tutkimukseni kohteena olevat käyttöoikeussopimukset ovat sisältönsä puolesta monimutkaisia, jos niitä verrataan vaikkapa niin sanottuun tavalliseen tavarahankintaan. Tutkimukseni ensimmäinen tutkimuskysymys onkin selvittää tarkemmin käyttöoikeussopimuksen käsitettä ja sen erityispiirteitä. Käyttöoikeussopimukset valikoituivat tutkimuksen kohteeksi yksinkertaisesti niiden sisällön monimutkaisuuden vuoksi. Voimassa olevassa lainsäädännössä varsin yleisellä tasolla oleva määrittely lisäsi kiinnostustani tämän tyyppisiä hankintoja kohtaan ja innosti selvittämään käyttöoikeussopimusten luonnetta ja sisältöä tarkemmin.

Toinen tärkeistä käsitteistä tutkimuksessani on neuvottelumenettely. Tutkimuksen tavoite onkin selvittää varsin väljästi säädellyn neuvottelumenettelyn sisältöä, miten hankintayksikön on mahdollista neuvottelut järjestää sekä mistä asioista neuvottelu on sallittua. Neuvottelumenettelyn valikoituminen toiseksi tutkimuksen niinsanotuksi avainaiheeksi valikoitui lähes samoista syistä, kuin käyttöoikeussopimukset. Niiden sääntelyn

tietynlainen epämääräisyys herätti mielenkiintoni ja päädyin tutkielmassani tutkimaan lainsäädännön asettamia rajoja, ja toisaalta, mahdollisuuksia joita neuvottelumenettely hankintamenettelynä antaa.

Kolmas tutkimuskysymys liittyy edellä tutkittujen seikkojen yhdistämiseen. Tutkimuksessani yritän löytää vastausta siihen, millaisissa tapauksissa neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista käyttöoikeussopimuksia kilpailutettaessa. Tavoitteena on löytää mahdollisesti lainsäädännön asettamia ehtoja siihen, koska neuvottelumenettelyn käyttö on sallittua. Etsin tutkielmassani myös vastausta sille, mitkä seikat tekevät neuvottelumenettelyn soveltuvimmaksi ja hankintayksikön kannalta edullisimmaksi hankintamenettelyksi kaikista mahdollisista menettelyistä.

Näiden kolmen tutkimuskysymyksen lisäksi tutkimuksessani tarkastelen jo voimaantulleen uuden hankintadirektiivin, jota ei vielä tutkimusta kirjoitettaessa ole implementoitu osaksi kansallista lainsäädäntöä, vaikutuksia neuvottelumenettelyn sääntelyyn sekä siihen muuttaako sen implementointi osaksi kansallista lainsäädäntöä jotenkin käyttöoikeussopimusten kilpailuttamista koskevaa sääntelyä. Hankintalaki on tällä hetkellä uudistamassa vastaamaan uutta hankintadirektiiviä ja tämän uudistustyön aiheuttamiin muutoksiin, niin neuvottelumenettelyä kuin käyttöoikeussopimuksia koskien, pyrin tutkimuksessani tutustumaan. Hankintalain kokonaisuudistus ja sen valmistelu ovat edenneet siihen vaiheeseen, esitys uudesta hankintalaista on tavoitteena antaa eduskunnan käsittelyyn alkutalvesta 2016⁶.

1.3. Tutkimustapa ja -aineisto

Tutkimuksen tutkimustapa on oikeusdogmaattinen, joka on julkisoikeudellisessa tutkimuksessa yleisesti käytetty tutkimusmetodi. Oikeusdogmaattisella tutkimuksella tarkoitetaan tutkimusta, joka tutkii oikeusnormeja selvittäen niiden konkreettista sisältöä. Oikeusdogmaattisen, toisinsanoin lainopillisen, tutkimuksen päämääränä on siis auttaa

⁶ https://www.tem.fi/kuluttajat_ja_markkinat/julkiset_hankinnat/hankintalain_kokonaisuudistus.

normien soveltajia ymmärtämään niiden sisältö ja soveltamista normaalissa elämässä⁷. Oikeusdogmaattinen tutkimus systematisoi ja järjestää voimassaolevia oikeusnormeja tavoitteenaan selvittää niiden oikeanlainen tulkinta ja todellinen merkityssisältö⁸. Voidaankin sanoa, että oikeusdogmatiikka järkeistää oikeuden raakamateriaalia⁹.

Tutkimuksessani oikeusdogmaattisuus näkyy eritoten sekä lähteiden käytön että normien systematisoinnin kautta. Käyttämäni oikeuslähteet ovat yleisesti hyväksytyjä ja käytettyjä lähteitä, joihin lainkäyttäjän on mahdollista vedota ja niiden avulla on mahdollista perustella tulkintansa. Osa lähteistä on vahvasti velvoittavia, eli sitovia, oikeuslähteitä ja osa taas heikosti velvoittavia, institutionaalisia, oikeuslähteitä.¹⁰ Käyttämiäni lähteitä ovat voimassaoleva lainsäädäntö, lainvalmisteluaineisto sekä oikeuskäytäntö. Näistä vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat lainsäädäntö, lainvalmisteluaineisto ja oikeuskäytäntö. Nämä vahvasti velvoittavat oikeuslähteet ovat sitovia ja ne ovat otettava huomioon ratkaisua tehdessä. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä tutkimuksessa edustaa oikeuskirjallisuus. Heikosti velvoittavat lähteet voidaan ratkaisuisissa ottaa huomioon, mutta se ei ole pakollista.

Oikeussystemaattisista alueista tutkimus sijoittuu julkisoikeuden alaan. Julkisoikeuden aloista tutkimus on hallinto-oikeudellinen tutkimus. Hallinto-oikeus on oikeudenala, joka käsittelee oikeudellisesta näkökulmasta julkisen hallinnon toimintaa, tehtäviä ja rakennetta.¹¹ Osaltaan tutkimus liikkuu myös finanssioikeuden alalla. Finanssioikeus käsittelee julkistaloutta, eli valtion ja kuntien taloutta.¹²

⁷ Husa 1995: 134.

⁸ Husa, Pohjolainen 2008: 36.

⁹ Husa, Pohjolainen 2008: 22.

¹⁰ Laakso 1990: 65.

¹¹ Husa & Pohjolainen 2014: 29–31, 40.

¹² Wikström 2006: 1.

1.4. Tutkimuksen eteneminen

Tutkimukseni ensimmäisessä pääluvussa käsittelen tiiviissä muodossa, miten julkinen hankinta etenee prosessina alun suunnittelusta viimeiseen vaiheeseen, hankintasopimuksen tekemiseen asti. Luvun tarkoitus on antaa yleiskäsitys julkisten hankintojen sääntelystä sekä käsitteistä, mikä tutkimuksen aiheeseen liittyvät. Toisessa pääluvussa käyn läpi julkisissa hankinnoissa käytettävissä olevat, hankintalain mukaiset, hankintamenettelyt. Käsittely tapahtuu perusteellisesti neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn osalta, tutkien syvemmin näiden menettelyjen käytön edellytyksiä ja sisällön sääntelyä voimassaolevassa hankintalainsäädännössä. Lisäksi luvussa tehdään lyhyt katsaus hankintalain kokonaisuudistuksen myötä tuleviin mahdollisiin muutoksiin neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn osalta. Muut hankintalain mukaiset hankintamenettelyt on käyty läpi pintapuolisesti. Menettelyt on esitetty siinä järjestyksessä, missä ne ovat hankintalaissa. Kolmannessa pääluvussa tarkastelu keskittyy käyttöoikeussopimuksen käsitteeseen, sen sisältöön ja tunnusmerkkeihin. Neljännessä pääluvussa tarkastellaan hankintalaissa ilmeneviä edellytyksiä neuvottelumenettelyn käytölle sekä neuvottelumenettelyn soveltumista juuri käyttöoikeussopimusten kilpailuttamiselle. Loppupäätöksissä pyrin kokoamaan tutkimuksesta saadut vastaukset asetamiini tutkimuskysymyksiin.

2. HANKINTAPROSESSI

Tutkimusaiheeni taustan ymmärtämiseksi käyn tässä luvussa tiivistetysti läpi hankintaprosessin etenemisen aina alusta loppuun. Mielestäni tällainen kuvaileva luku auttaa varsinkin asiaan vähemmän perehtyneitä ymmärtämään tutkimuksen aihetta ja sen taustaa paremmin. Kuvaan luvussa hankintaprosessin päävaiheita lyhyesti siinä järjestyksessä, kun ne itse hankinnassa toteutuvat.

Hankintaprosessi on suoritettava lainsäädännön mukaisesti. Hankintaprosessia sääntelee laki julkisista hankinnoista (348/2007). Laki julkisista hankinnoista pohjautuu EU-tasoiseen säätelyyn ja sillä onkin saatettu voimaan Euroopan parlamentin ja neuvoston hankintadirektiivi (2004/18/EY).¹³

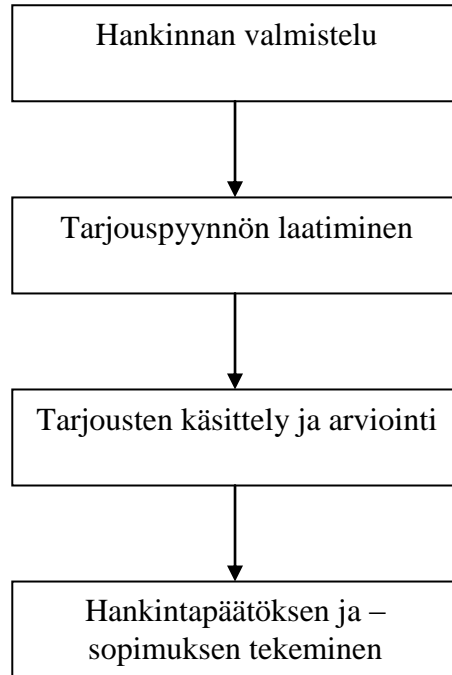
Hankintaprosessi sisältää itsessään noin 15 eri vaihetta, riippuen mm. hankinnan arvosta ja hankinnassa käytetystä hankintamenettelystä. Vaiheet on suoritettava voimassaolevien oikeusohjeiden mukaisesti. Vaiheita ei ole mahdollista jättää tekemättä tai yhdistää keskenään, vaikka jokin vaihe tuntuisikin tarpeettomalta. Hankintaprosessin eri vaiheista ja niiden suorittamisesta on pääsääntöisesti laadittava asiakirjat.¹⁴ Hankintaprosessin onnistumisen kannalta sen vaiheiden hallinta ja huolellinen suunnittelu ovat avainasemassa. Kuitenkaan onnistuneeseen hankintaprosessiin ei riitä pelkästään itse hankintamenettelyn hallitseminen, vaan tarvitaan myös asiantuntemusta markkinoista.¹⁵

Tässä yksinkertaistetussa hankintaprosessin kuvauksessa olen jakanut hankintaprosessin neljään vaiheeseen. Katson tämän olevan tarpeeksi tarkka tapa kuvata hankintaprosessia, jotta siitä saa riittävän kokonaiskuvan. Olen jakanut prosessin hankinnan valmisteluun, tarjouspyynnön laatimiseen, tarjousten käsittelyyn ja hankintapäätökseen ja -sopimukseen.

¹³ HE 50/2006 vp s. 1–2.

¹⁴ Kuusniemi-Laine & Takala 2008: 107–108.

¹⁵ Hyvönen ym. 2007: 77.



Kuvio 1. Hankintaprosessin eteneminen.

2.1. Hankinnan valmistelu

Hankinnan valmistelu ja sen suunnitteleminen alkavat tarpeen kartoittamisella ja hankinnan kohteen määrittelyllä. Hankinnan kohteen määrittely tulee tehdä huolella ja tarkasti, sillä epämääräinen hankinnan kohteen määrittely on avainasemassa hankintaprosessin myöhempien vaiheiden ja koko hankinnan onnistumisen kannalta. Määrittelyssä yksilöidään hankinnan kohde ja millaisia ominaisuuksia siltä tullaan edellyttämään. Edellytykset voivat koskea esimerkiksi hankinnan kohteen teknisiä ominaisuuksia tai hankittavaa palveluprosessia. Hankintojen suunnittelussa tulee tunnistaa tarve, mikä hankinnalla on tarkoitus täyttää. Hankinnan suunnitteluvaiheessa tulee myös tehdä selvitys hankinnan budjetista ja rahoituksesta. Rahoitusmalleja hankinnoille on monenlaisia ja sen valinta riippuukin pitkälle hankinnan luonteesta. Hankintayksikön mahdollisesti käytössä olevista rahoitusmalleista esimerkiksi elinkaarirahoitusmallit tarjoavat ja mahdollistavat monipuolisia rahoitusratkaisuja ja yhteistyömuotomahdollisuuksia yksityisen ja julkisen sektorin välillä.¹⁶

¹⁶ Hyvönen ym. 2007: 75–76, 78.

Ennen varsinaisen hankintamenettelyn aloittamista tulee hankintayksikön olla selvillä vallitsevasta markkinatilanteesta ja kilpailuolosuhteista. Tärkeää on selvittää, onko markkinoilla riittävästi toimijoita, joilla on riittävä kyky hankinnan toteuttamiseksi sekä vastaavatko markkinoilla olevat tuotteet hankintayksikön tarpeita. Hankintayksikkö ei kuitenkaan saa käynnistää hankintamenettelyä hankkiakseen tietoja markkinoista. Jos hankintayksikkö tekee markkinakartoitusta ja on sen tiimoilta yhteydessä markkinoilla toimiviin yrityksiin, tulee hankintayksikön varmistua siitä, että markkinakartoitusta ja sitä koskevia tiedusteluja ei sekoiteta myöhempään mahdolliseen varsinaiseen hankintaan ja siihen liittyvään tarjouspyyntöön.¹⁷

Hankinnan toteuttamiseksi hankintayksiköllä on käytössään useita erilaisia vaihtoehtoja. Hankintayksikön tulee valita niistä hankintaan parhaiten soveltuva tapa hankinnan toteuttamiseksi. Hankinta saattaa mahdollista ostamisen lisäksi mahdollista toteuttaa omana työnä tai ns. in house-hankintana. In house-hankinnalla tarkoitetaan, että hankinta suoritetaan hankintayksikön sidosyksiköltä, jolloin hankintayksikön ei hankintaa tarvitse kilpailuttaa¹⁸.

Osana hankinnan valmistelua on hankinnassa käytettävän menettelytavan valinta. Hankinnoissa tulee käyttää määrämuotoista hankintamenettelyä, mikäli hankinnan arvo ylittää kansallisen tai EU-kynnysarvon. Hankintamenettelyt on määritelty hankintalaissa. Hankinnan arvioitu kokonaisarvo on ratkaiseva tekijä siinä, mitkä hankintamenettelyt ovat sovellettavissa hankinnan kilpailuttamiseen. Arvoltaan kansallisen kynnysarvon ylittävät hankinnat kilpailutetaan käyttämällä niin sanottuja kansallisia hankintamenettelyjä. Jos hankinta on arvioidulta kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvot ylittävä, käytetään siinä EU-hankintoja koskevia menettelyjä.¹⁹ Arvoltaan kaikkien kynnysarvojen alle jäävät hankinnat eivät ole hankintalain soveltamisen piirissä ja tällöin hankinta kilpailutetaan hankintayksikön oman hankintaohjeistuksen mukaisesti²⁰. Vaikka hankintaa ei tarvitsikaan kilpailuttaa käyttäen hankintalaissa määriteltyjä hankintamenettelyjä, tulee hankinta silti toteuttaa siten että tarjoajia kohdellaan menettelyssä tasapuolisesti.²¹

¹⁷ Hyvönen ym. 2007: 77.

¹⁸ Siikavirta 2015: 118.

¹⁹ Eskola & Ruohoniemi 2011: 86–87.

²⁰ Hyvönen ym. 2007: 81.

²¹ Eskola & Ruohoniemi 2011: 97 ja TaVM 26/2006 vp s. 6.

Kansalliset kynnsarvot ovat tavara- ja palveluhankintojen osalta sekä suunnittelukilpailuissa ja palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa 30 000 €, Sosiaali- ja terveyspalveluissa 100 000 € ja 150 000 € rakennus ja käyttöoikeusurakoissa.²² EU-kynnsarvot ovat hankintalain 16 §:n mukaan tavara- ja palveluhankinnoissa valtion keskushallintoviranomaisten kohdalla 134 000 € ja muiden hankintayksiköiden kohdalla 207 000 €. Rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa EU-kynnsarvo on 5 186 000 € sekä valtion keskushallintoviranomaisten että muiden hankintayksiköiden kohdalla. Suunnittelukilpailuiden EU-kynnsarvot ovat valtion keskushallintoviranomaisten kohdalla 134 000 ja muiden hankintayksiköiden kohdalla 207 000 €. Euroopan komissio tekee tarkistuksia EU-kynnsarvoihin kahden vuoden välein asetuksella ja näin vanhat kynnsarvot korvautuvat uusilla.²³

Hankintayksikkö saa itse valita käytettävissä lainsäädännön puitteissa käytössä olevista hankintamenettelyistä sen menettelyn, joka parhaiten sen oman näkemyksen mukaan soveltuu parhaiten hankinnan toteuttamiseen. Valintaan vaikuttaa hankinnan arvo, kohde, monimutkaisuus sekä hankinnan valintaperusteet ja markkinoilla toimivien tarjoajien lukumäärä. Menettelyt on määritelty hankintalain 5 §:n kohdissa 10–16. Hankintalain mukaan 24 §:n mukaan hankinnassa on pääsääntöisesti käytettävä joko avointa tai rajoitettua menettelyä. Muita mahdollisia menettelyjä ovat kilpailullinen neuvottelumenettely, neuvottelumenettely, puitejärjestely, dynaaminen hankintajärjestelmä, sähköinen huutokauppa ja suoramarkkinointi.²⁴

Hankintayksiköllä on velvollisuus julkaista hankinnasta hankintailmoitus, oli kyseessä sitten EU-kynnsarvot tai kansalliset kynnsarvot ylittävistä hankinnasta. Ilmoituksen tarkoitus on tiedottaa tarjouskilpailusta avoimesti, ja näin antaa kaikille yrityksille mahdollisuus osallistua julkisen sektorin tekemiin hankintoihin.²⁵ Hankintalain 35 §:ssä säädetään hankintailmoituksen julkaisemisesta. Hankintailmoituksessa on käytävä ilmi tarjoajan soveltuvuutta koskevat vaatimukset sekä asiakirjat ja selvitykset, jotka tarjo-

²² http://www.tem.fi/kuluttajat_ja_markkinat/julkiset_hankinnat/kynnsarvot.

²³ Aalto-Setälä ym. 2008: 589.

²⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 228–231.

²⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 318.

ajan on toimitettava osoittaakseen kelpoisuutensa tarjouskilpailuun osallistumiseen. Hankintamenettelyn katsotaan alkavan hankintailmoituksen julkaisusta, mitä seuraa tarjouspyynnön esittäminen. Tutkielman kannalta tärkeää on ottaa huomioon hankintailmoituksen julkaisemisessa se seikka, että EU-kynnysarvot ylittävistä rakennusurakoita koskevista käyttöoikeusurakoista on julkaistava EU-hankintaa koskeva hankintailmoitus, muista käyttöoikeussopimuksista julkaistaan kansallinen hankintailmoitus²⁶.

2.2. Tarjouspyynnön laatiminen

Tarjouspyynnön suunnittelemista ja laatimista voidaan pitää hankinnan onnistumisen kannalta keskeisimpänä vaiheena. Tarjouspyyntö tulee laatia siten, että sen pohjalta laaditut tarjoukset ovat yhteismitallisia sekä keskenään vertailukelpoisia. Tarjoukset ovat myös ihannetilanteessa sellaisia, ettei niitä tarvitse enää jälkeinpäin täsmentää. Puutteellisen ja epäselvän tarjouspyynnön johdosta saadut keskenään erilaiset, vaikeasti vertailtavat tarjoukset voivat pahimmillaan johtaa siihen, että tarjousten lopullinen vertailu on mahdotonta. Epäselvä tarjouspyyntö johtaa helposti siihen, että lopullinen hankintapäätös päättyy markkinaoikeuteen tai hankinta joudutaan keskeyttämään ja aloittamaan uudestaan alusta.²⁷

Hankintalaki asettaa tarjouspyynnölle yleiset vaatimukset ja periaatteet. Tarjouspyynnön sisällölliset vaatimukset ovat riippuvaisia siitä, onko kyseessä kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvon alittavasta vai ylittävästä hankinnasta. Lisäksi tarjouspyynnön sisältöön vaikuttaa myös se, mitä hankintamenettelyä hankinnassa on päädytty käyttämään. Menettelyn valinnan ja hankinnan kokonaisarvon ohella tarjouspyynnön sisältöön vaikuttaa, minkä tyyppisestä hankinnasta on kyse. Yleisesti voidaan sanoa, että tarjouspyynnön tulee sisältää kaikki olennainen hankinnan kohteesta ja sen vaatimuksista. Tarjouspyynnön tulee siis sisältää tiedot hankinnan kohteesta, ehdokkaiden ja tarjoajien kelpoisuuden vähimmäisvaatimukset sekä niiden arvioinnin edellytykset, tieto siitä tehdäänkö valinta halvimman hinnan vai kokonaistaloudellisuuden perusteella sekä kaikki valintaan vaikuttavat vertailuperusteet ja niiden soveltaminen. Lisäksi tarjouspyynnöstä

²⁶ Pekkala & Pohjonen 2014: 324.

²⁷ Hyvönen ym. 2007: 164.

tulee käydä ilmi kaikki muut tiedot, joilla on merkitystä tarjouksen laadinnassa. Tarjouspyyntö on saatettava kaikkien saataville tai osallistumishakemuksen kautta hyväksytyjen tahojen tietoon.²⁸ Tarjouspyyntöön lisätään usein myös sellaisia tietoja, jotka eivät siinä ole pakollisia, esimerkiksi maininta neuvottelumenettelyyn siirtymisestä jos yksikään tarjous ei vastaa tarjouspyynnön ehtoja.²⁹ Tarjouspyyntöä laadittaessa tulee muistaa, että myös sitä koskevat hankintamenettelyä koskevat yleiset periaatteet, kuten tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaatimus. Tarjouspyyntöä ei saa siis laatia siten, että se suosii jotain tarjoajaa tai pois sulkee tarjoajia.³⁰

Tarjouspyyntö täydentää hankintailmoitusta, jossa ei usein käytännön syistä pystytä kuvaamaan hankintaan liittyviä asioita kovin täsmällisesti. Koska hankintailmoituksessa olevia tietoja ei voida enää tarjouspyyntövaiheessa muuttaa, ei siinä myöskään kannata esittää epävarmoja tietoja. Tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen ollessa ristiriitaisia, noudatetaan ristiriitojen osalta hankintailmoituksen tietoja. (JulkHankL § 40.) Tuleeko piste 40. jälkeen vai sulun jälkeen? En muista itse oikeaa tapaa.

2.3. Tarjousten käsittely ja arviointi

Tarjoukset toimitetaan hankintayksikköön siinä muodossa, kuin tarjouspyynnössä on ilmoitettu. Tarjouksia voidaan ottaa vastaan niin paperiversiona kuin sähköisessäkin muodossa. Tärkeää on varmistua tarjoajien tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta. Ainoastaan ne tarjoukset, jotka ovat saapuneet ilmoitettuun määräaikaan mennessä hankintayksikköön, voidaan ottaa tarjouskilpailussa huomioon. Myöhästyneet tarjoukset tulee hylätä. Korkein hallinto-oikeus on ratkaisussaan todennut, että neljä minuuttia tarjousajan jälkeen saapunut tarjous tuli hylätä³¹. Tarjouksille asetetut määräajat ovat ehdottomia, eikä niihin ole mahdollista myöntää lisäaikaa. Tarjousten avaaminen tapahtuu yleensä hankintayksikön tilaisuudessa, josta tehdään myös avauspöytäkirja. Avaustilaisuus ei ole julkinen.³²

²⁸ Hyvönen ym. 2007: 165–166.

²⁹ Pekkala & Pohjonen 2014: 352–453.

³⁰ Hyvönen ym. 2007: 167.

³¹ KHO 2.4.2003/810.

³² Kuusniemi-Laine & Takala 2008: 199.

Tarjousten avaamisen jälkeen hankintayksikkö arvioi tarjoajien kelpoisuuden hankintalain kahdeksannen luvun mukaisesti. Hankintayksiköllä on mahdollisuus pyytää lisäselvitystä tarjouksissa mahdollisesti olevien puutteellisten asiakirjojen kohdalla. Tarjoajan soveltuvuutta arvioidessaan hankintayksikkö arvioi, täyttääkö tarjoaja sille tarjouskilpailussa ja hankintailmoituksessa ilmoitetut vaatimukset. Jos tarjoaja ei täytä sille asetettuja vaatimuksia, suljetaan se pois tarjouskilpailusta ennen tarjousten vertailua. Tarjousten vertailu suoritetaan vain niiden tarjoajien kesken, jotka on todettu soveltuviksi hankinnan toteuttamiseen. Tarjoajan poissulkeminen tulee perustella ja antaa tälle tiedoksi.³³

Viimeinen vaihe ennen hankintapäätöksen, ja sitä seuraavan hankintasopimuksen, tekemistä on tarjousten vertailu. Se on erillinen vaihe tarjoajan kelpoisuuden arvioinnista, eikä näitä kahta vaihetta tule sekoittaa keskenään. Tarjoajan kelpoisuuden valinnassa on siis valikoitunut mukaan vain sellaiset tarjoajat, jotka ovat kykeneviä hankinnan toteuttamiseen. Tarjousten vertailussa huomio kohdistuu itse hankinnan kohteeseen, eikä enää tarjoajan ominaisuuksiin. Vaiheiden erillisyydestä säädetään hankintalain 52 §:ssä.³⁴

Tarjousten vertailussa otetaan huomioon vain ne tarjoukset, jotka vastaavat tarjouspyyntöä. Jos tarjous on puutteellinen, se suljetaan pois tai siihen pyydetään täydennystä. Tarjousten vertailuun voidaan ottaa mukaan vain keskenään vertailukelpoisia tarjouksia. Tarjousten vertailuperusteet on annettu jo hankintailmoituksen, tarjouspyynnön tai neuvottelukutsun yhteydessä, eikä vertailussa voida käyttää muita perusteita. Tarjousten vertailussa on muutenkin toimittava aikaisemmissa vaiheissa ilmoitettujen toimintatapojen mukaisesti.³⁵

Hankintayksikön tulee valita tarjouksista sen kannalta hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisin edullisin tarjous. Jos vertailuperusteeksi on ilmoitettu halvin hinta, tulee tarjouskilpailun voittajaksi luonnollisesti valita tarjous, joka on hinnaltaan halvin. Kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen kohdalla vertailuperusteiden asettaminen on hankintayksikön harkinnan varassa. Aivan rajaton tämä harkintavalta ei kuitenkaan ole,

³³ Hyvönen ym. 2007: 222–224.

³⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 478.

³⁵ Kuusniemi-Laine & Takala 2008: 212–213.

vaan perusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen sekä oltava mahdollisimman objektiivisesti arvioitavissa. Sallittuja vertailuperusteita ovat esimerkiksi hinta, laatu ja toimitusaika. Vertailuperusteet on, kuten jo edellä on mainittu, ilmoitettava jo tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa. Vertailuperusteiden osalta on myös ilmoitettava niiden painotus hankinnan lopputulokseen. Vertailuperusteiden ilmoittamisella tavoitellaan menettelyn avoimuutta sekä parempaa mahdollisuutta jälkikäteiseen arviointiin.³⁶

2.4. Hankintapäätöksen ja –sopimuksen tekeminen

Hankintalain 73 §:n mukaan hankintayksikön on tehtävä ehdokkaiden ja tarjoajien aseman vaikuttavissa asioissa kirjallinen päätös ja se on perusteltava. Hankintayksikön on aina perusteltava päätöksensä. Lainkohdan mukaan tällaisia perusteita, joilla hankintayksikkö voi perustella ratkaisuaan, ovat esimerkiksi seikat, jotka ovat johtaneet tarjoajan tai tarjouksen on hylkäämiseen tai perusteet, joilla hyväksytyjä tarjouksia on keskenään vertailtu. Päätökseen on lisäksi liitettävä osoitus asian saattamisesta markkinaoiden käsiteltäväksi. Päätös ja muutoksenhakuosoitus on annettava tiedoksi asianosaisille, eli niille joita asia koskee. Tällaisia asemaan vaikuttavia päätöksiä joista on annettava perusteltu, muutoksenhakukelpoinen päätös, ovat hankintapäätös, tieto hankinnan keskeyttämisestä sekä tieto tarjoajan tai ehdokkaan sulkemisesta pois tarjouskilpailusta.³⁷

Hankintapäätöksen perustelut ovat tärkeitä sen vuoksi, että asianosainen kykenee arvioimaan hankintamenettelyn oikeudenmukaisuutta³⁸. Perusteluissa tulee esittää tosiasialliset perusteet, joiden mukaan hankinta on tehty. Päätöstä ei saa perustella muilla kriteereillä. Perusteluvollisuus voidaan käytännössä täyttää esimerkiksi siten, että päätöksen mukaan liitetään vertailuperusteita koskeva taulukko josta käy ilmi tarjoajien kunkin vertailuperusteen kohdalla saadut pisteet sekä kokonaispisteet, joiden perusteella valinta

³⁶ Hyvönen ym. 2007: 242–244.

³⁷ Hyvönen ym. 2007: 272–273.

³⁸ HE 101/2001 s. 3.

on tehty. Lisäksi tulee perustella miten pisteet on saatu ja mistä erot niiden välillä johtuvat.³⁹

Hankintapäätös ei vielä itse synnytä sopimusta hankintayksikön ja tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan välille. Hankintayksikön on tehtävä hankintaa koskeva kirjallinen sopimus tarjouskilpailun voittaneen tarjoajan kanssa, ja näin käytännössä panna täytäntöön hankintapäätös.

Hankintasopimus voidaan tehdä aikaisintaan 21 päivän kuluttua siitä kun hakija on saanut tai tämän katsotaan saaneen tieto hankintapäätöksestä. Tämä 21 päivän odotusaika koskee ainoastaan kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Hankintapäätös voidaan lisäksi panna täytäntöön yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä tai muusta hankintayksiköstä riippumattomasta ennalta arvaamattomasta syystä noudattamatta odotusaikaa. 21 päivän odotusaikaan kuuluu 14 päivän aika, joka on varattu ajaksi tehdä päätöksestä valitus markkinaoikeuteen sekä 7 päivän aika, jolloin markkinaoikeudella on mahdollisuus ryhtyä toimiin hankinnan keskeyttämiseksi.⁴⁰ EU-kynnysarvon ylittävien hankintojen lisäksi odotusajat koskevat myös hankintalain liitteen B mukaisia toissijaisia palveluhankintoja, siinä tapauksessa että niiden kokonaisarvo on suurempi, kuin EU-kynnysarvo. Palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia koskevissa hankintasopimuksia tehtäessä odotusaikoja ei tarvitse noudattaa.⁴¹

Hankintalain 85 §:n mukaan hankintaa koskevassa asiassa sillä jota asiaa koskee, on oikeus tehdä valitus markkinaoikeuteen ja saada asia näin siellä käsitellyksi. Markkinaoikeus on siis toimivaltainen tuomioistuin hankinta-asioissa⁴². Hallituksen esityksen mukaan asianosaisella tarkoitetaan hankinta-asioissa henkilöä, jolla on kyseisessä asiassa oikeudellinen intressi⁴³. Oikeuskäytännön ja aikaisempien hankintalain esitöiden mukaan tämä käytännössä tarkoittaa sellaista tahoja, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus saada tarjouksensa hyväksytyksi. Oikein suoritettussa hankinnassa tämä on tarkoittanut käytännössä sellaiseksi joka on joko osallistunut tarjouskilpailuun tai pystyy osoitta-

³⁹ Hyvönen ym. 2007: 275.

⁴⁰ Hyvönen ym. 2007: 278.

⁴¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 612.

⁴² Pekkala & Pohjonen 2014: 627.

⁴³ HE 190/2009 vp s. 58.

maan pyrkineensä osallistumaan siihen. Jos kilpailuttamisvelvollisuus on laiminlyöty hankintayksikön toimesta, on voitu katsoa esimerkiksi alalla toimimisen riittävän muutoksenhakuoikeuteen.⁴⁴

Markkinaoikeudella on hankintalain 94 §:n mukaisesti mahdollisuus kumota hankintapäätös osittain tai kokonaan, kieltää hankintayksikköä soveltamasta hankintaa koskevassa asiakirjassa olevaa virheellistä kohtaa tai muuten kieltää noudattamasta virheellistä menettelyä, velvoittaa hankintayksikkö korjaamaan virheellinen menettely. Lisäksi on mahdollista, että markkinaoikeus määrää hankintayksikön maksamaan hyvitysmaksua asianosaiselle tai valtiolle, määrätä tehostomusseuraamuksen joltain sopimusehto kohtaan tai lyhentää sopimuskautta päättymään määräämänsä ajan kuluttua.⁴⁵ Markkinaoikeusvalituksen lisäksi asianosaisella on mahdollisuus hakea hankintalain 107 §:n mukaisesti vahingonkorvausta kärsimistään vahingoista. Vahingonkorvauskanteet käsitellään yleisissä tuomioistuimissa, ja niitä käsittelevä ensiaste on käräjäoikeus.⁴⁶

⁴⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 627–628.

⁴⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 650–651.

⁴⁶ Pekkala & Pohjonen 2014: 685.

3. HANKINTAMENETTELYT

Hankintaa valmistellessaan hankintayksikön tulee tehdä valinta siitä, miten se toteuttaa valmisteltavan hankinnan. Taloudellisimman vaihtoehdon löytämiseksi hankintayksikön tulee kartoittaa juuri kyseiseen hankintaan parhaiten soveltuva toteuttamistapa, eikä aina ole järkevintä toteuttaa hankintaa ostamalla tuotetta tai palvelua markkinoilta. Hankinta saattaa olla toteutettavissa omana työnä, in house-hankintana, yhteishankintayksikön palveluja hyödyntäen tai puitejärjestelyllä. Jos hankintayksikkö päätyy suorittamaan hankinnan ostamalla haluttua tavaraa tai palvelua, tulee hankintayksikön tehdä päätös hankinnassa käytettävästä hankintamenettelystä.⁴⁷ Se, mikä menettelyistä parhaiten soveltuu hankintaan, on riippuvainen hankinnan kohteesta ja sen ominaisuuksista ja sisällystä.

Hankintamenettelyt ja niiden käytön edellytykset sekä menettelyihin sisältyvät toimenpiteet on määritelty hankintalaissa. Jokaiselle eri menettelylle on siis määritelty käyttöedellytykset ja menettelytavat.⁴⁸ Hankinnoissa käytettäviä menettelyjä on yhdeksän erilaista. Seuraavassa käsittelen niiden ominaisuuksia sekä eroavaisuuksia.

Menettelyt eroavat toisistaan sisältönsä puolesta, mutta lain puitteissa niissä on myös kaikkia menettelyjä yhdistäviä piirteitä ja vaiheita. Menettelystä riippumatta hankinnassa on tehtävä hankintapäätös sekä päätös ehdokkaan tai tarjoajan hylkäämisestä. Lisäksi hankintapäätös on valitusosoituksineen aina annettava tiedoksi tarjouskilpailussa hävinneille tarjoajille ja hylätyille ehdokkaille⁴⁹. Hankintayksikkö valitsee hankinnan valmisteluvaiheessa sen mielestä hankintaan parhaiten soveltuvan hankintamenettelyn. Valintaan vaikuttavia tekijöitä ovat hankinnan arvo, hankinnan kohde ja monimutkaisuus, valintaperusteet sekä markkinoilla toimivien tarjoajien lukumäärä. Hankintalain 24 §:n mukaan hankinnassa on ensisijaisesti käytettävä avointa tai rajoitettua hankintamenettelyä. Muita hankintamenettelyjä on mahdollista käyttää ainoastaan hankintalain 25–32 §:ssä säädeltyjen edellytysten mukaisesti.

⁴⁷ Hyvönen ym. 2008: 79.

⁴⁸ Hyvönen ym. 2008: 97.

⁴⁹ Pekkala & Pohjonen 2014: 228.

3.1. Avoin menettely

Avoimen menettelyn käyttäminen on mahdollista kaikissa hankinnoissa.⁵⁰ Avoin menettely on kaikista hankintamenettelyistä useiten käytetty hankintamenettely. Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö julkistaa hankinnasta hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön, minkä jälkeen kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjouksen. Hankintailmoitus tulee julkaista HILMA-järjestelmässä, mutta hankintayksikkö voi myös julkaista ilmoituksen lisäksi muualla tai lähettää tarjouspyyntöjä suoraan sellaisille toimittajille, joilta se erityisesti toivoo tarjousta. Joskus, varsinkin yksinkertaisissa hankinnoissa, hankintayksikkö ei hankintailmoituksen lisäksi julkaise erillistä tarjouspyyntöä, vaan tällaisissa tapauksissa hankintailmoitus sisältää itsessään jo kaiken tarvittavan tiedon ja tarjoukset voidaan laatia pelkästään sen perusteella ilman erillistä tarjouspyyntöä.⁵¹

Hankintailmoituksen perusteella tarjoajat esittävät hankintayksikölle pyynnön saada varsinaiset tarjousasiakirjat. Hankintayksikkö lähettää asiakirjat kaikille halukkaille joko heti saatuaan pyynnön asiakirjoista tai pyyntöjen jättämiselle varatun ajan jälkeen yhtäaikaisesti jokaiselle niitä pyytäneelle. Lain mukaan asiakirjat on lähetettävä tarjoajalle kuuden päivän kuluessa pyynnöstä. Yhteislähtämisen osalta lainsäädännössä ei ole vaatimuksia, mutta varsinkin monimutkaisissa hankinnoissa tarjoajien tasapuolisen kohtelemisen vuoksi yhtäaikainen lähettäminen voi olla suositeltavaa. Tarjousasiakirjat voidaan hankintayksikön harkinnan mukaan toimittaa suoraan niitä pyytäneille tai julkaista yleisesti internetissä. Nykyisin tarjousasiakirjat julkaistaan yleisimmin HILMA-järjestelmässä julkaistun hankintailmoituksen yhteydessä. Hankintayksikön on annettava tarjousten jättämiselle lainmukainen aika. Pääsäännön mukaan tämä aina on EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa 52 päivää. Kansallisten hankintojen osalta lainsäädäntö edellyttää, että tarjousten jättämiselle varataan hankinnan koko ja luonne huomioon ottaen kohtuullinen aika.⁵²

Kun hankintayksikkö on saanut tarjousajan päättyessä kaikki tarjoukset hankinnan osalta, tarkastaa se tarjoajien soveltuvuuden hankintaan. Usein tarjoajaan liittyvät tiedot ja

⁵⁰ Hyvönen ym. 2008: 98.

⁵¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 231–232.

⁵² Pekkala & Pohjonen 2014: 232–233.

itse tarjous ovat samassa asiakirjassa, mutta siinäkin tapauksessa tarjoajan kelpoisuus on tarkastettava ennen tarjouksen arviointia. Tarjoajien kelpoisuus arvioidaan hankintayksikön itsensä ennalta määrittelemien vertailuperusteiden perusteella. Perusteet voivat periaatteessa olla mitä tahansa hankinnan kohteeseen liittyviä. Perusteet eivät kuitenkaan saa olla sellaisia, jotka antavat hankintayksikölle rajoittamattoman valinnanvapauden. Perusteiden määrittämisessä tulee ottaa huomioon niiden objektiivisuus ja se etteivät ne suosi tai syrji mitään tarjoajaa tai tarjoajaryhmää. Hankintalain 8 luku sääntelee yksityiskohtaisemmin periaatteet, joiden mukaan tarjoajien valinta on tehtävä. Kun tarjoajien valinta on suoritettu, vertaillaan tarjouspyyntöä vastaavia tarjouksia keskenään sen perusteella, mitä vertailusta ja pisteityksestä tarjouspyynnössä on ilmoitettu. Tarjouksista ei avoimessa menettelyssä voida neuvotella tarjoajien kanssa, vaan valitaan vertailuperusteiden perusteella paras tarjous tarjouskilpailun voittajaksi.⁵³

3.2. Rajoitettu menettely

Rajoitettu menettely on avoimen menettelyn oheella toinen aina käytettävissä oleva ja ensisijainen hankintamenettely. Se sopii menettelyksi sellaisiin hankintoihin, joissa hankintayksikkö tietää ennalta sopivia toimittajia olevan riittävä määrä tarjouskilpailun aikaansaamiseksi.⁵⁴ Rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen, jonka jälkeen kaikki halukkaat toimittajat voivat esittää hankintayksikölle osallistumishakemuksensa hankintaan osallistumiseksi. Hankintaan osallistumaan valittavat ehdokkaat tulee valita noudattamalla objektiivisia ja syrjimättömiä perusteita, jotka tulee ilmoittaa hankintailmoituksessa. Rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö voi rajoittaa menettelyyn kutsuttavien ehdokkaiden määrää. Mahdollinen ehdokkaiden enimmäis- ja vähimmäismäärä on esitettävä hankintailmoituksessa. Hankintaan kutsuttavien ehdokkaiden määrä tulee olla riittävä ottaen huomioon hankinnan koko ja laatu. Valittujen ehdokkaiden määrä tulee olla kuitenkin minimissään viisi.⁵⁵ Vähimmäismäärästä

⁵³ Pekkala Pohjonen 2014: 233–234.

⁵⁴ Hyvönen ym. 2008: 98–99.

⁵⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 235.

voidaan kuitenkin poiketa sellaisessa tapauksessa, jossa soveltuvia, asetetut kelpoisuus-ehdot täyttäviä, ehdokkaita ei ole vaadittavaa määrää⁵⁶.

Tarjouskilpailuun valitut tarjoajat tekevät tarjouksen eikä tarjouksen sisällöstä voida neuvotella hankintayksikön ja tarjoajan välillä. Hankintayksikkö tekee tarjouspyyntöä vastaavista tarjouksista vertailun tarjouspyynnössä esityttyjen vertailuperusteiden mukaisesti. Paras tarjous valitaan tarjouskilpailun voittajaksi.⁵⁷

3.3. Puitejärjestely

Puitejärjestelystä säädetään hankintalain 31 §:ssä. Puitejärjestely on kaksivaiheinen menettely, jossa menettelyssä mukana olevat tarjoajat hyväksytään mukaan käyttämällä avointa tai rajoitettua menettelyä. Poikkeustapauksissa menettelyyn mukaan valittavat tarjoajat voidaan valita myös hankintalain 25 §:n mukaisin edellytyksin neuvottelumennettelyä käyttämällä ja hankintalain 27 §:n mukaisilla edellytyksillä käyttämällä suora hankintaa. Toisessa vaiheessa, varsinaisessa hankinnassa, puitejärjestelyyn mukaan hyväksytyille tarjoajille esitellään tarkennettu tarjouspyyntö ja hankinta tehdään ennalta ilmoitettujen perusteiden mukaan. On myös mahdollista, että erillistä ns. minikilpailutusvaihetta ei tarvita, vaan vertailu pystytään tekemään jo ensimmäisen vaiheen perusteella ja tuote tilataan suoraan vertailun mukaisen etusijajärjestyksen mukaisesti. Puitejärjestely saa olla kestoltaan enintään neljä vuotta, joskin tästä määräajasta voidaan poiketa perustellusta syystä esimerkiksi hankinnan kohteen sitä edellyttäessä.⁵⁸ Puitejärjestelyn sisältö on määritelty niin kansallisessa lainsäädännössä kuin EU-direktiivissä melko yleisellä tasolla, mikä toisaalta antaa liikkumavaraa menettelyn käytölle, toisaalta jättää tulkintoja menettelyn käyttämisestä oikeuskäytännön varaan.

Puitejärjestely soveltuu usein hankintamenettelyksi silloin, kun hankinnan kohteena on arvoltaan vähäisiä ja usein toistuvia hankintoja. Puitejärjestely on usein käytetty menettely yhteishankintayksiköiden tekemisissä hankinnoissa. Puitejärjestely mahdollistaa han-

⁵⁶ Hyvönen ym. 2008: 98.

⁵⁷ Pekkala & Pohjonen 2014: 228.

⁵⁸ Pekkala & Pohjonen 2014: 229 ja Hankintalaki 31 §

kintayksikölle hankintojen tekemisen puitejärjestelyn kuluessa senhetkisen tarpeen mukaan, eikä hankittavien tuotteiden tai palvelun määrää tarvitse lyödä lukkoon etukäteen.⁵⁹

3.4. Suunnittelukilpailu

Suunnittelukilpailulla voidaan kilpailuttaa hankintoja, jotka sisältävät joko pelkästään suunnittelukilpailun kohteen tai sellaisia hankintoja, joissa suunnittelukilpailu on osa palveluhankintasopimuksen kilpailuttamista. Suunnittelukilpailu voidaan käydä minkä tahansa suunnitelman kilpailuttamisessa. Hankintalain 33–34 §:ssä määritellään varsinaiseen suunnittelukilpailuun liittyvät säännökset. Suunnittelukilpailulla tarkoitetaan hankintain 5 §:n 16 kohdan mukaan sellaista menettelyä, jolla hankintayksikkö voi hankkia esimerkiksi kaavoitukseen tai tekniseen suunnitteluun liittyvän suunnitelman. Suunnitelmaa ei aina ole kilpailutettava käyttäen suunnittelukilpailua, vaan suunnittelu-työ voidaan tilata osana palveluhankintaa tai rakennusurakkaa, eikä itse suunnitelmasta tällöin järjestetä omaa suunnittelukilpailuaan. Tällaisissa hankinnoissa, joissa suunnitelmaa ei erikseen kilpailuteta, voidaan kilpailuttamiseen käyttää esimerkiksi kilpailulista neuvottelumenettelyä.⁶⁰

Suunnittelukilpailussa on oltava kilpailumenettelyä koskevat säännöt ja ne on oltava siihen kiinnostuneiden osallistujien saatavilla tai ne voidaan toimittaa halukkaille. Osallistumista suunnittelukilpailuun ei saa rajata, vaan kaikilla on oltava mahdollisuus osallistua suunnittelukilpailuun. Osallistujille voidaan kuitenkin asettaa tiettyjä rajoitteita, kuten vaatia tiettyä koulutusta tai kokemusta. Rajoitukset eivät tässäkään tapauksessa saa olla sellaisia, että ne rajaavat osallistujien määrän vain muutamaaan. Lisäksi suunnittelukilpailussa voidaan soveltaa normaaleja tarjoajien poissulkemisperusteita ja kelpoisuuden arviointiperusteita. Suunnittelijoiden valinnassa tulee käyttää suunnittelukilpailua koskevassa ilmoituksessa esitettyjä perusteita.

⁵⁹ Hyvönen ym. 2008: 109.

⁶⁰ Pekkala & Pohjonen 2014: 285–287.

Suunnittelukilpailu voidaan järjestää joko ns. yleisenä kilpailuna, jolloin mukaan hyväksytään kaikki kelpoisuudet täyttävät osallistujat. Kutsukilpailuna järjestettyyn suunnittelukilpailuun osallistuvien suunnittelijoiden määrän ja valintaehdot päättää kilpailun järjestävä hankintayksikkö.⁶¹ Hankintalain mukaan suunnittelukilpailussa on oltava tuomaristo. Tuomariston pätevyydestä laissa on säädetty siten, että jos kilpailuun osallistuvilla on asetettu ammatillista pätevyyttä koskevia vaatimuksia, on vähintään kolmasosan tuomaristosta täytettävä samat vaatimukset. Mikäli osallistujille ei ole asetettu mitään ammatilliseen pätevyyteen liittyviä vaatimuksia, tulee silti huolehtia, että tuomaristo on hankinnan kohde huomioon ottaen riittävän pätevä. Tuomariston tulee olla tekemisissään päätöksissä ja lausunnoissa riippumaton.

Osallistujien tekemiä ehdotuksia on arvioitava nimettöminä ja arvioinnissa saa käyttää ainoastaan niitä perusteita, jotka on ilmoitettu suunnittelukilpailua koskevassa ilmoituksessa. Nimettömyydellä tavoitellaan tasapuolisuuden takaamista. Arviointiperusteiden, joiden perusteella suunnittelukilpailun voittaja valitaan, ei tarvitse olla hankintalain tavanomaisia perusteita, hinta tai kokonaistaloudellinen edullisuus. Tuomariston tulee tehdä pöytäkirja suunnitelmien arvioinnista. Pöytäkirjan tulee sisältää suunnitelmien paremmuusjärjestys, ansiot ja tuomariston huomautukset sekä mahdollista selventämistä vaativat seikat. Suunnitelmien selventämiseksi voidaan osallistujien ja tuomariston välillä käydä keskustelua ja ne on dokumentoitava kuten myös koko kilpailutusprosessi.⁶²

3.5. Dynaaminen hankintajärjestelmä

Hankintadirektiivin 2004/18/EY 1 artiklan 6 kohdan mukaan dynaamisella hankintajärjestelmällä tarkoitetaan:

”[..]täysin sähköistä hankintaprosessia tavanomaisille ostoille, joiden markkinoilla yleisesti saatavilla olevat ominaisuudet täyttävät hankintaviranomaisen tarpeet. Tämän hankintaprosessin kesto on rajoitettu ja se on koko kestopensa ajan avoin kaikille valintaperusteet täyttävälle taloudellisille toimijoille, jotka ovat esittäneet tarjouspyyntö-asiakirjan mukaisen alustavan tarjouksen”.

⁶¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 288–289.

⁶² Pekkala & Pohjonen 2014: 288–291.

Lainsäädännön mukaan hankintajärjestelmä on siis täysin sähköinen menettely, ja se siis edellyttää toimiakseen sähköistä tietojärjestelmää. Hankinnat kilpailutetaan kokonaisuudessaan siihen hyväksytyjen toimittajien kesken. Menettely on hyvin lähellä puitejärjestelyä, joskaan se ei ole niin laajasti säännelty kuin puitejärjestely. Merkittävä ero menettelyjen välillä löytyy siitä, että dynaamiseen hankintajärjestelyyn voidaan kesken menettelyn hyväksyä mukaan lisää toimittajia. Dynaamisen hankintajärjestelmän on arvioitu soveltuvan hyvin sellaisten tuotteiden hankintaan, joissa hankittava tuote on hyvin vakioitu ja sen hinnat muuttuvat esimerkiksi sesongin mukaan. Tällaisia tuotteita ovat esimerkiksi elintarvikkeet. Menettelyn on arvioitu olevan sopiva myös sellaisten tuotteiden ostoon, jossa tuote kehittyy nopeasti, kuten esimerkiksi tietotekniikka. Menetelmä voisi soveltua hyvin myös sellaiselle tuotekentälle, missä itse tuote on suhteellisen vakioitu, mutta toimittajien määrä vaihtelee tai niitä on markkinoilla paljon. Tällaisia voisivat olla esimerkiksi kuljetuspalvelut.⁶³

Dynaaminen hankintajärjestely perustetaan ilmoittamalla siitä EU hankintailmoituksella lukuun ottamatta hankintalain B liitteen mukaisia palveluita ja palveluiden käyttöoikeussopimuksia, joista ilmoitetaan kansallisesti. Hankintailmoituksessa on esitettävä, että kyseessä on dynaaminen hankinta sekä menettelyn kesto. Ilmoituksessa on lisäksi ilmoitettava sekä tarjousten vertailuperusteet että niiden painoarvot. Hankinnan kohde tulee hankintailmoituksessa käydä ilmi tarvittavalla tarkkuudella, että hankintaan osallistuvat tahot pystyvät arvioida liittykö hankinnan kohde sen tarjoamaan ja hankintayksikkö voi arvioida kykeneekö toimittaja toimittamaan haluttuja tavaroita tai palveluita. Uuden hankintadirektiivin kohdalla tarjouspyyntöä ei ole.⁶⁴ Dynaamiseen hankintajärjestelyyn tulee nykyisen lainsäädännön mukaan hyväksyä sen keston aikana mukaan kaikki kelpoisuusehdot täyttävät hyväksyttävän alustavan tarjouksen jättäneet toimittajat koko sen keston aikana. Uuden hankintadirektiivin mukaan menettelyn on koko sen keston ajan oltava avoin kaikille valintaperusteet täyttävillä tarjoajille.⁶⁵

Dynaamisen hankintajärjestelmän sisällä jokainen yksittäinen hankinta on kilpailutettava. Hankintayksikön on siis esitettävä tarjouspyyntö kaikille järjestelyssä mukana olevalta tarjoajalta jokaisessa hankinnassa erikseen. Tässä tarjouspyynnössä on esitettävä hankinnan

⁶³ Lehto 2015: 3–5.

⁶⁴ Lehto 2015: 6–8.

⁶⁵ Lehto 2015: 9.

yksilöity kohde, tiedot alkuperäisestä hankintailmoitetusta ja täsmennetyt valintaperusteet. Saaduista tarjouksista valitaan ennakkoon ilmoitettujen valintaperusteiden perusteella paras tarjous. Hankintayksikön tulee tehdä hankinnasta hankintapäätös jota seuraa hankintasopimuksen tekeminen parhaan tarjouksen esittäjän kanssa.⁶⁶

3.6. Sähköinen huutokauppa

Sähköisellä huutokapalla tarkoitetaan hankintalainsäädännössä (SähkHuutokL 2 § 1 momentin 1 kohta)

” [...] toistuvaa menettelyä, jonka kuluessa uusia alennettuja hintoja tai tarjouksen sisältämiä tekijöitä koskevia uusia arvoja esitetään sähköisesti ja joka toteutetaan sen jälkeen, kun tarjousten arviointi on saatu kokonaisuudessaan ensimmäisen kerran päätökseen, ja joka mahdollistaa tarjousten luokittelun automaattisen arviointimenetelmän pohjalta”.

Siihen millaisia huutokauppanenettelyjä voidaan käyttää, ei hankintalaissa oteta kantaa. Sähköistä huutokauppaa koskevan lain 2 § 1 momentin 1 kohdan mukaan huutokauppanenettely toteutetaan siten, että menettelyssä annetaan uusia alennettuja tai muita vertailuperusteina käytettyjä arvoja. Saman lainkohdan mukaa menettelyn tulee mahdollistaa tarjousten luokittelu automaattisten arviointimenetelmien avulla. Suomessa on yleisesti sähköisissä huutokaupoissa käytössä ollut malli, jossa hinta ja laatu muutetaan pisteiksi hankintayksikön laatimalla ja ilmoittamalla kaavalla. Huutokauppa voidaan toteuttaa myös toisin päin, eli mallilla jossa laadulliset vertailutekijät muutetaan rahalliseksi arvoiksi. Kummassakin mallissa tulee muunnoksessa käytetyt kaavat ja vertailuperusteiden painotukset ilmoittaa jo tarjouspyynnössä. Huutokauppa voidaan toteuttaa joko englantilaisen mallin mukaan, jossa tarjoaja tarjoaa aina edellistä halvemmän tarjouksen ja halvin tarjous voittaa, tai japanilaisen mallin mukaan, jolloin tarjousta korotetaan ja korkein tarjous voittaa.⁶⁷

Sähköisen huutokaupan käyttö on mahdollista avoimessa menettelyssä, rajoitetussa menettelyssä, neuvottelumenettelyssä, hankinnan kilpailutuetuksen tapahtuessa dynaamisen hankintajärjestelmän puitteissa ja puitejärjestelyyn valittujen toimittajien uudelleenkilpailuttamisessa hankintalain 32 §:n ja erityisalojen hankintalain 26 §:n nojalla. Han-

⁶⁶ Pekkala & Pohjonen 2012: 310–311.

⁶⁷ Lehto 2012: 2–3.

kintadirektiivin 54 artikla kieltää sähköisen huutokaupan käytön osana kilpailullista neuvottelumenettelyä. Sähköistä huutokauppaa ei voida myöskään käyttää hankittaessa rakennusurakoita tai palveluita, jotka sisältävät henkisiä suorituksia, kuten suunnittelua.⁶⁸

Sähköistä huutokauppaa käytettäessä on siitä julkaistava hankintailmoitus. Ilmoituksessa sekä sitä tarkentavassa tarjouspyynnössä esitetään määritelmä huutokaupan kohteena olevalle kohteelle. Lisäksi tulee ilmoittaa vertailuperusteet painotuksineen sekä huutokaupan aikana annettavat tiedot sekä tiedonsaantitavat. Tarjouspyynnön perusteella hankintayksikkö saa tarjoajilta alustavat tarjoukset, jotka se arvioi ja asettaa järjestykseen vertailuperusteiden perusteella. Alustavien tarjousten tulee täyttää kaikki asetetut vähimmäisvaatimukset. Ennen varsinaista huutokauppaa hankintayksikkö lähettää kaikille valituille tarjoajille pyynnön varsinaisen huutokauppatarjouksen tekemisestä. Huutokauppakutsussa tarjoajia pyydetään esittämään uusia hintoja ja muita haluttuja tekijöitä. Lisäksi pyynnössä kerrotaan täsmällisemmin sovellettavan menettelyn tiedot, kuten alkamispäivä ja kellonaika. Varsinaisen huutokaupan aikana osallistujilla on koska tahansa mahdollisuus parantaa tarjoustaan sekä saada tietoa osallistujien lukumäärästä ja keskinäisestä järjestyksestä sekä mahdollisesti myös hinnoista ja arvoista, jos niistä tiedottamisesta on ilmoitettu tarjouspyyntöasiakirjassa. Huutokauppa loppuu sähköistä huutokauppaa sääntelevän lain 14 §:n mukaisten tapojen mukaan ja huutokaupan jälkeen hankintayksikön on tehtävä hankintapäätös ja hankintasopimus määräaikojen ja ehtojen perusteella parhaan tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa. Sähköinen huutokauppa sopii menettelynä suurille hankintayksiköille, joilla on tarvittava osaaminen ja resurssit sähköisen huutokaupan järjestämiseen sekä ostovolyymi on iso. Tyypillisiä sähköisellä huutokaupalla hankittavia tuotteita ovat yksinkertaiset tuotteet, esimerkiksi kopiopaperi.⁶⁹

⁶⁸ Lehto 2012: 3–6.

⁶⁹ Pekkala & Pohjonen 2014: 302–303.

3.7. Suorahankinta

Hankintalain määritelmän mukaan suorahankinta on sellainen julkinen hankinta, jossa ei lain mukaan ole pakko julkaista hankintailmoitusta. Suorahankinnassa tarjouspyyntö tehdään yhdelle tai useammalle yritykselle. Tarjouspyynnön perusteella saatujen tarjousten perusteella hankintayksikö tekee hankintasopimuksen haluamansa tarjoajan kanssa. Menettelyn sisältö on hyvin vapaata ja sen aikana onkin mahdollista esimerkiksi neuvotella kaikista hankintaan sisältyvistä seikoista. Vaikka menettely on varsin vapaamuotoinen, ei syrjivien ehtojen käyttäminen suorahankinnassa ole sallittua. Hankintayksikön on suositeltavaa julkaista vapaaehtoisesti suorahankinnoista hankintailmoitus ja käyttää menettelyssä kirjallisia tarjouspyyntöjä sekä vaatia kirjallisia tarjouksia välttämään mahdollisilta valituksilta.⁷⁰

Hankintalain piiriin kuuluvien hankintojen osalta lain 27 ja 28 §:t määrittelevät tapaukset, jolloin suorahankinnan käyttö on mahdollista. Suorahankinnan käyttö on kiellettyä kaikissa muissa paitsi lain nimenomaan mainitsemisissa tilanteissa. Suorahankinnan käyttö on mahdollista esimerkiksi silloin, kun sitä edeltää tulokseton avoin tai rajoitettu menettely, teknisestä tai taiteellisesta syystä, taikka yksinoikeuden vuoksi. Suorahankinnan käyttö on lisäksi sallittu tilanteissa, joissa hankinnalla on äärimmäinen, hankintayksiköstä johtumaton, kiire tai hankinta on tutkimushankkeeseen liittyvä tavarahankinta. Hankintayksikön on aina kyettävä perustelemaan suorahankinnan käyttö ja suorahankinnan käytön ehtoja on tulkittava tiukasti⁷¹.

3.8. Neuvottelumenettely

Neuvottelumenettelyn käsite on määritetty hankintalain 5 §:n 12 kohdassa hankintamenettelyksi:

⁷⁰ Pekkala & Pohjonen 2014: 144 ja 230.

⁷¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 144–145.

”[..]jossa hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon hakukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua; hankintayksikkö neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista valitsemiensa toimittajien kanssa”.

Yksinkertaistetusti esitetysti neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö julkaisee menettelystä hankintailmoituksen, jonka perusteella se valitsee neuvotteluissa mukana olevat toimittajat. Näiden menettelyyn mukaan valittujen tarjoajien kanssa se neuvottelee hankinnan toteuttamisesta. Neuvotteluiden jälkeen valitsee toimittajan jonka kanssa tekee hankintasopimuksen.

Jos neuvottelumenettelyä tarkastelee hankintayksikön näkökulmasta, on se hankintamenettelyistä kaikkein joustavin ja muodoltaan kaikkein vähiten säädelty. Neuvottelumenettelyssä hankintayksikön on mahdollista määritellä hankinnan lopullinen sisältö ja valintaehdot tarjouskilpailuun mukaan valittujen toimittajien kanssa käydyissä neuvotteluissa. Tarjoajien näkökulmasta neuvottelumenettely taas on kaikkein vähiten avoin hankintamenettely, siinä mukana on vain pieni määrä tarjoajia eikä valinnan perusteista ilmoiteta etukäteen. Neuvottelumenettelyn käyttö onkin rajattu nykyisessä hankintalainssa tiukasti poikkeuksellisen vaativiin hankintoihin ja erityistilanteisiin ja sen käyttö edellyttääkin aina lain määrittelemien edellytysten täyttymistä. Hankintayksikön on aina perusteltava neuvottelumenettelyn käyttö. Neuvottelumenettelyn heikkoutena on pidetty sitä, että se vaatii paljon aikaa ja aiheuttaa kustannuksia sekä hankintayksikölle että tarjoajille. Tyypillisiä neuvottelumenettelyn käyttötilanteita ovat pitkäkestoiset ja monimutkaisia oikeudellisia ja rahoituksellisia riskejä sisältävät hankinnat, esimerkiksi käyttöoikeussopimukset.⁷²

3.8.1. Neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset

Millaisissa tilanteissa neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista? Neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset ovat riippuvaisia hankinnan kokonaisarvosta. Neuvottelumenettelyn käyttöä on säädelty EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta hankintalain 25 §:ssä. Hankinnoissa, jotka kilpailutetaan käyttäen niin sanottuja kansallisia hankintamenettelyjä, neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset on määritelty hankintalain 66 §:ssä.

⁷² Pekkala & Pohjonen 2014: 238–239.

EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa neuvottelumenettely olisi käytössä 25 §:n nojalla viidessä eri tapauksessa. Ensinnäkin neuvottelumenettelyä voitaisiin käyttää 25 § 1 momentin nojalla silloin, kun neuvottelumenettelyä edeltävässä avoimessa, rajoitetussa tai kilpailullisessa menettelyssä ei ole saatu tarjouspyyntöä vastaavia tarjouksia tai saatuja tarjouksia ei voitaisiin hyväksyä hankintalain 47, 48, 50 tai 52–60 §:n perusteella. Lisäksi edellytyksenä on, ettei tarjouspyynnön kohteena olevan hankinnan sopimusehtoihin tehdä olennaisia muutoksia. Neuvottelumenettelyn käyttöön voitaisiin siirtyä lainkohdan nojalla esimerkiksi silloin, kun tarjouksissa on saatu hankinnan toteuttamiseksi vaihtoehtoisella toteuttamistavalla vaikka tarjouspyynnössä ei tälle ole asetettu mahdollisuutta. Neuvottelumenettelyyn ei tarvitse julkaista uutta hankintailmoitusta, jos mukaan neuvotteluihin valitaan kaikki tarjoajat, jotka täyttävät tarjoajille asetetut minimivaatimukset ja ovat tehneet tarjouksen joka on tarjousmenettelyn mukainen.

Hankintalain 25 §:n 2 momentissa säädetään muista tapauksista, joissa neuvottelumenettelyä voidaan käyttää EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. Momentin 1 kohdan mukaan neuvottelumenettelyä voitaisiin käyttää sellaisessa hankinnassa, johon liittyvien riskien johdosta tai hankinnan luonteen vuoksi ei ole mahdollista etukäteistä kokonahinnoittelua. Lain kohtaa koskevan hallituksen esityksen mukaan kohdan nojalla neuvottelumenettelyä voitaisiin käyttää esimerkiksi kilpailutettaessa vaativia saneeraus-hankkeita, joiden lopullinen sisältö tai kustannusvaikutukset on mahdotonta arvioida ennakkoon⁷³.

Markkinaoikeus arvioi ratkaisussaan, että hankintayksikön oli sallittua valita hankintamenettelyksi neuvottelumenettely hankinnan luonteen perusteella kilpailutettaessa lääkintä-helikopteripalveluja. Kyseessä olevassa ratkaisussa hankinnan luonteen vaativaksi teki se, ettei koko maan kattavia samanlaisia palveluhankintoja oltu aikaisemmin kilpailutettu sekä hankittavaan toimintaan liittyvästä uudesta rahoitus- ja organisointimallista ollut aiempaa kokemusta.⁷⁴

⁷³ HE 50/2006 vp s. 75.

⁷⁴ MAO 9.8.2011/358.

Neuvottelumenettelyn käyttö on hankintalain 25 §:n 2 momentin 2 kohdassa mahdollista sellaisissa palveluhankinnoissa, joissa hankinnan luonteen vuoksi ei pystytä laatimaan tarjouspyyntöä tai tehtävämäärittelyä niin, että niiden perusteella voitaisiin valita tarjouskilpailunvoittaja käyttäen avointa tai rajoitettua menettelyä. Tällaisia palveluja ovat esimerkiksi vaativat rakennusten suunnittelupalvelut⁷⁵.

Edelleen 25 §:n 2 momentin 3 kohdan nojalla neuvottelumenettelyä on mahdollista käyttää sellaisen rakennusurakan kilpailuttamiseen, joka tehdään vain tutkimusta kokeilua tai kehittämistä varten. Hankinnalla ei saisi tavoitella taloudellista hyötyä eikä kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskulujen korvaamiseksi. Hankintayksiköllä on näyttövelvollisuus rakennushankkeen tutkimusluontoisuudesta⁷⁶ Saman pykälän 2 momentin 4 kohta mahdollistaa neuvottelumenettelyn käytön käyttöoikeusurakoiden kilpailuttamisessa. Neuvottelumenettelyn käyttöä käyttöoikeusurakoissa käytetään perusteellisemmin läpi myöhemmin luvussa 5.

Kansallisten hankintamenettelyjen mukaisesti kilpailutettavien hankintojen osalta neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuudet on säädetty hankintalain 66 §:ssä. Pykälän 1 momentin mukaan neuvottelumenettelyä voidaan käyttää kaikissa hankinnoissa, jotka ovat ennakoidulta arvoltaan alle määritellyn EU-kynnysarvon. Tavara- ja palveluhankinnoissa arvon on oltava valtion keskushallintoviranomaisten hankinnoissa alle 134 000 € ja muiden hankintayksiköiden osalta alle 207 000 €. Rakennusurakoissa EU-kynnysarvo on kaikkien hankintayksiköiden hankinnoissa 5 186 000€. Huomattavaa on, että alle 30 000 € arvoiset tavara- ja palveluhankinnat, alle 100 000 € arvoiset eräät sosiaali- ja terveystalvet sekä koulutuspalvelut sekä alle 150 000 € arvoiset rakennusurakat eivät ole hankintalain piirissä, ja niissä hankintayksikkö voi vapaasti valita tavan ja menettelyn hankinnan toteuttamiselle. Neuvottelumenettelyn käytön sallimisella ilman erityisiä perusteita on haluttu antaa joustovaraa hankintojen tekemiseen, mutta pienissä ja yksinkertaisissa hankinnoissa sen käyttö ei välttämättä ole järkevää ja tarkoituksenmukaista sen hallinnollisen raskauden vuoksi.⁷⁷

⁷⁵ HE 50/2006vp s. 75.

⁷⁶ HE 50/2006vp s. 75.

⁷⁷ Pekkala & Pohjonen 2014: 577.

Neuvottelumenettelyn käyttö on lisäksi mahdollista kaikissa hankinnoissa EU-kynnysarvoon saakka sellaisissa tilanteissa, jotka on mainittu hankintalain 66 §:ssä. Tarvahankinnan, urakan tai hankintalain liitteen A mukaisten palveluiden ylittäessä ennakoidulta arvoltaan EU-kynnysarvon, käytetään niiden kilpailuttamiseen EU-kynnysarvojen mukaisia menettelyjä. Tämä tarkoittaa sitä, että neuvottelumenettelyn käyttö on pykälän 2 momentin nojalla mahdollista ainoastaan siinä mainituissa tapauksissa kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa sekä hankinnoissa jotka ovat sisällöltään hankintalain liitteen B mukaisia hankintoja riippumatta niiden arvosta.⁷⁸

Hankintalain 66 §:n 2 momentin 1 kohdassa neuvottelumenettelyn käyttö mahdollistetaan sellaisessa hankinnassa, jossa hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyynnön laatiminen olisi erityisen vaikeaa tai epätarkoituksenmukaista niin tarkasti että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen. Lain esitöissä esimerkkinä tällaisista hankinnoista on esitetty palveluhankinnat, joissa palvelun tulee joustaa käyttäjien tarpeiden mukaan.

Hankinnassa, joka on luonteeltaan tai sen luonteeseen liittyvien riskien vuoksi sellainen, ettei hankinnan kokonaisuinhoittelu ole mahdollinen etukäteen, voidaan käyttää neuvottelumenettelyä hankintalain 66 §:n 2 momentin 2 kohdan nojalla. Lain esitöissä esimerkkinä tällaisesta hankinnasta on esitetty vaativa saneerausurakka, jossa saattaa esiintyä ongelmia, joita on mahdotonta ennakoida etukäteen.⁷⁹ Neuvottelumenettely on käytettävissä myös tilanteissa, jossa tarjoajien on mahdollista esittää hankinnan rahoitukseen käytettäviä elinkaari tai yksityisrahoitusmalleja. Tällaisissa tilanteissa tosin useimmin on kyse käyttöoikeussopimuksesta, jonka kilpailuttaminen neuvottelumenettelyä käyttäen on mahdollista muutenkin.⁸⁰

Momentin 3 kohdan nojalla neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista sellaisessa tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankinnassa, joka edellyttää palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden erityistä arvi-

⁷⁸ Pekkala & Pohjonen 2014: 577.

⁷⁹ HE 50/2006 vp s. 111.

⁸⁰ Pekkala & Pohjonen 2014: 578.

ointia. Tällaisissa niin sanotuissa asiantuntijapalveluissa palvelun tarjoamisesta vastaavan henkilön ammattitaito liittyy välittömästi hankinnan kohteena olevan palvelun suorittamiseen. Tällaisissa tapauksissa näitä pätevyyteen ja asiantuntemukseen liittyviä ominaisuuksia on yleensä päästävä arvioimaan perusteellisesti, esimerkiksi henkilökohtaisin haastatteluin. Tyypillisiä ominaisuuksia, joita tällaisessa menettelyssä arvioidaan, ovat esimerkiksi kielitaito ja vaadittujen asioiden täsmällinen osaaminen. Ominaisuudet ovat usein sen kaltaisia, että niiden arvioiminen on mahdotonta pelkkien asiakirjojen pohjalta. Tämän tyyppisissä hankinnoissa hankinnan kohde määrittyy usein tarkemmin vasta sitten, kun kiinnostuneet palveluntarjoajat on kartoitettu.⁸¹

Julkisen ja yksityisen sektorin yksittäistä hanketta koskevaan yhteistyöjärjestelyyn liittyvässä hankinnassa tai pysyvää kumppanuussopimusta koskevassa hankinnassa sekä pitkäkestoisessa hankinnassa voidaan käyttää neuvottelumenettelyä 2 momentin 4 kohdan nojalla. Tällaisia hankkeita voivat olla esimerkiksi julkisen ja yksityisen sektorin yhteisten yksiköiden perustaminen ja siihen liittyvät hankinnat. Kuitenkin tulee muistaa, että yhtiöiden perustaminen ei kuulu hankintalain alaan.⁸²

Neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollistettu valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettyjen sosiaali- ja terveystalveluiden kilpailuttamisessa 66 §:n 2 momentin 5 kohdassa. Neuvottelumenettelyä voisi käyttää sellaisissa hankinnoissa, joissa hankitaan palvelua johon liittyy erityislaatuisia kysymyksiä, ja niiden harvalukuisuuden vuoksi on tarkoituksenmukaista toteuttaa keskitetysti esimerkiksi kokoamalla erityinen asiantuntijajyksikkö.⁸³

Monialaista erityisosaamista vaativia palveluita hankittaessa neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollistettu 2 momentin 6 kohdassa. Perusteena neuvottelumenettelyn käytölle näissä tapauksissa voi olla se, että hankittavat palvelut ovat tyypiltään sellaisia, ettei niihin juurikaan ole tarjontaa ja tarjolla olevat palvelut harvoin soveltuvat ostajan tarpeisiin. Monialaista erityisosaamista edellyttäviä palveluita ovat lain kohdassa mainituista sosiaali- ja terveystalveluissa esimerkiksi monivammaisen henkilön kuntouttamiseen

⁸¹ Pekkala & Pohjonen2014: 578.

⁸² HE 50/2006 vp s. 111.

⁸³ HE 50/2006 vp s. 111.

liittyvät palvelut. Monialaisen erityisosaamisen vaatimus voi täyttyä sosiaali- ja terveyspalveluiden lisäksi myös esimerkiksi asiantuntijapalveluissa, jossa palvelua toteuttavalta ryhmältä edellytetään useiden eri osaamisalueiden hallintaa. Neuvottelumenettelyä voitaisiin käyttää tällaisissa hankinnoissa.⁸⁴

Sellaisissa hankinnoissa, jotka ovat poikkeuksellisen kiireellisiä, eikä suorahankinta ole mahdollinen, on mahdollista käyttää neuvottelymenettelyä 66 §:n 2 momentin 7 kohdan perusteella. Kiireen tulee johtua muusta kuin sellaisesta seikasta, johon hankintayksikön olisi kohtuudella voitu katsoa pystyvän varautua. Suorahankintaan oikeuttavan kiireen edellytykset on tulkittu erittäin tiukasti, ja onkin katsottu, että huomioon tulee ottaa muutkin kiiretilanteet. Tämän lainkohdan tarkoittama kiire voisi olla esimerkiksi terveyspalveluiden järjestäminen kriisioloissa tai koneen rikkoutumisen aiheuttama korjaustarve.⁸⁵

Momentin 8 kohta mahdollistaa neuvottelumenettelyn käytön käyttöoikeussopimuksissa. Käyttöoikeussopimukset ovat yleensä sisällöltään laajoja ja vaihtelevia, että neuvottelumenettelyn käyttäminen on haluttu mahdollistaa niiden kilpailuttamisessa. Neuvottelumenettelyn käyttöä käyttöoikeussopimuksissa on käsitelty erikseen myöhemmin luvussa 5.

Momentin 9 kohta mahdollistaa neuvottelumenettelyn käytön rakennustöissä, joissa tehdään ainoastaan tutkimusta. Ehdot neuvottelumenettelyn käytölle ovat täysin samat kuin aiemmin tässä luvussa käsitellyllä kohdalla vastaavissa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa (Hankintalain 25 §:n 2 momentin 3 kohta).

3.8.2. Menettelyn kulku

Neuvottelumenettelyssä noudatetaan samoja säännöksiä, oli kyseessä sitten EU-kynnysarvot ylittävistä tai kansallisista hankinnoista. Neuvottelumenettely alkaa pääsääntöisesti sillä, että hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen hankinnasta, jonka

⁸⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 581.

⁸⁵ He 50/2006 vp s. 112.

perusteella toimittajat, jotka ovat kiinnostuneita hankintaan osallistumisesta, voivat jättää osallistumishakemuksen. Uutta hankintailmoitusta ei kuitenkaan tarvitse julkaista hankintalain 25 §:n 1 momentin mukaisissa tapauksissa, joissa mukaan neuvotteluihin otetaan kaikki tarjoajat, jotka ovat avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä täyttäneet hankintaa koskevat vähimmäisvaatimukset ja tehneet hankinnan muotovaatimukset täyttävän tarjouksen⁸⁶.

Hankintayksiköllä on oikeus päättää siitä kuinka monta ehdokasta se kutsuu mukaan tarjouskilpailuun. Mukaan hyväksyttävien tarjoajien määrässä on otettava huomioon hankinnan laatu ja koko. Vähimmäismäärä kutsuttaville ehdokkaille on kuitenkin kolme. Valittavia ehdokkaita on valittava riittävä määrä todellisen kilpailun varmistamiseksi. Jos soveltuvia ehdokkaita ei ole kolmea tai hankintayksikön ilmoittamaa määrää, voi hankintayksikkö jatkaa hankintaa vain niiden ehdokkaiden kanssa jotka vähimmäisedellytykset täyttävät, vaikka niitä ei olisikaan ennakoon ilmoitettua määrää.

Mukaan neuvotteluihin ei missään tapauksessa voida kelpuuttaa sellaisia ehdokkaita, jotka eivät täytä ehdokkaille asetettuja vähimmäisvaatimuksia, vaan neuvottelut on käytävä ainoastaan ehdot täyttävien tarjoajien kanssa. Hankintayksikkö valitsee neuvottelumenettelyyn mukaan otettavat tarjoajat antamiensa kriteerien perusteella. Tarjoajien valinnassa voidaan perusteena käyttää esimerkiksi tarjoajan taloudelliseen tilaan ja tekniseen tai ammatilliseen pätevyyteen liittyviä perusteita. Perusteiden tulee olla puolueetomia ja syrjimättömiä. Hankintayksikön on laadittava käytettävästä menettelytavasta ja neuvottelujen vaihteellisuudesta ja etenemisestä niin tarkka kuvaus kun mahdollista ja liitettävä se osaksi hankintaa koskevaa hankintailmoitusta tai sitä täydentävää hankekuvausta.⁸⁷

Hankintalain 26 §:ssä säädetään neuvottelumenettelyn kulusta. Pykälässä on mainittu menettelyn tavoitteen lisäksi neuvottelujen vaihteellisuudesta ja ehdokkaiden ja tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta. Hankintalain mukaan neuvotteluita voitaisiin käydä kaikista hankintasopimuksen ehdoista. Neuvotteluiden tavoitteena olisi löytää neuvotteluilla hankintalain 62 §:n mukainen paras tarjous. Neuvottelumenettelyssä ei pyydetä toimitta-

⁸⁶ HE 50/2006 vp s. 74–75.

⁸⁷ Pekkala & Pohjonen 2014: 239–240 ja 246–247.

jilta heti valmiita tai lopullisia tarjouksia. Jos ensimmäisessä vaiheessa pyydetty tarjoukset olisivat lopullisia tarjouksia, kyseessä ei olisi neuvottelumenettely vaan sen sijaan rajoitettu menettely. Menettelyn tarkoituksena on neuvotteluissa muokata sopivia ratkaisuja ja hankintasopimuksen ehtoja täyttämään hankintayksikön tarpeen parhaalla mahdollisella tavalla.⁸⁸ Neuvottelumenettelyä käytettäessä kyseessä on usein sen tyyppinen hankinta, että tavanomaisen, kaikki hankinnan tiedot sisältävän tarjouspyynnön ja hakekuvauksen laatiminen on erittäin hankalaa. Neuvottelumenettelyssä käydyissä neuvotteluissa tarkoitus onkin hioa sekä tarjouspyyntöä ja hankekuvausta sellaisiksi, että niiden pohjalta voidaan pyytää sellaisia tarjouksia, jotka mahdollisimman hyvin täyttävät hankintayksikön tarpeen. Alustavassa tarjouspyynnössä ja hankekuvauksessa on kuitenkin jo pyrittävä esittämään hankintaa koskevat olennaiset vaatimukset mahdollisimman tarkasti.

Neuvottelut voidaan suorittaa joko yhtenä vaiheena tai monivaiheisina. Yksivaiheisissa neuvotteluissa hankintayksikkö neuvottelee mukaan valittujen tarjoajien kanssa vähintään yhden kerran, jonka jälkeen tarjoajilta pyydetään lopulliset tarjoukset. Neuvottelujen tapahtuessa yhdessä vaiheessa kaikki menettelyyn mukaan valitut tarjoajat ovat mukana koko menettelyn ajan. Neuvottelukierroksia menettelyssä on käytävä kuitenkin vähintään yksi ennen kuin hankintayksikkö voi pyytää lopullisia tarjouksia. Hankintayksikön on toisaalta mahdollista toteuttaa neuvottelut monivaiheisina. Hankintalain 26 §:n 2 momentissa säädetään neuvottelujen toteuttamisesta monivaiheisina. Neuvottelujen monivaiheisuudella tai vaiheittaisuudella tarkoitetaan sitä, että hankintayksiköllä on mahdollisuus käydä neuvotteluja vaiheittain siten, että se voi neuvottelujen edetessä karsii mukana olevien tarjousten ja ratkaisuvaihtoehtojen määrää. Vaiheittaisuudesta on tullut ilmoittaa tarjouspyynnössä tai hankintailmoituksessa. Tarjousten tai ratkaisuvaihtoehtojen karsiminen tulee tehdä noudattaen ennalta ilmoitettuja ehtoja. Ehdot eivät saa liittyä tarjoajan soveltuvuuteen liittyviin ehtoihin. Käytiin neuvottelut sitten vaiheittain tai yhdessä vaiheessa, päättyy neuvotteluvaihe lopullisten tarjousten pyytämiseen. Kun lopulliset tarjoukset on saatu, suoritetaan tarjousten vertailu ja tarjouskilpailun voitta-

⁸⁸ Ukkola 2012: 263.

jaksi valitaan lopullisten tarjousten joukosta tarjous joka on kokonaistaloudellisesti edullisin.⁸⁹

3.8.3. Neuvottelujen sisältö

Hankintalaissa, eikä sen pohjana olevassa hankintadirektiivissä, ole säädelty tarkemmin sitä, mistä neuvottelumenettelyssä on mahdollista neuvotella. Laissa todetaan ainoastaan, että neuvottelujen tarkoitus on lain 62 §:n mukaisen parhaan tarjouksen valinta. Hankintalain esitöissä mainitaan 26 §:n kohdalla että neuvotteluja voidaan käydä kaikista hankintasopimuksen ehdoista. Neuvotteluissa voitaisiin neuvotella siis kaikista hankintasopimukseen liittyvistä tekijöistä, kuten teknisestä toteutuksesta, rahoituksesta ja oikeudellisista seikoista sekä hinnasta. Samassa kohdassa todetaan menettelyn yleiseksi tarkoitukseksi tarjousten mukauttamisen hankintayksikön asettamia vaatimuksia parhaan mahdollisen tarjouksen löytämiseksi. Laissa ei haluta asettaa rajoituksia neuvottelujen sisällölle.⁹⁰ Neuvotteluissa on kuitenkin oltava hyvin tarkka siitä, että toimittajien tasapuolinen kohtelu toteutuu. Tasapuolisuudesta neuvottelujen aikana on säädetty hankintalain 25 §:n 3 momentissa. Tasapuolisuudella neuvotteluissa tarkoitetaan sitä, että kaikille tarjoajille kerrotaan hankkeesta samat tiedot ja annetaan samat mahdollisuudet lisäselvitysten saamiselle hankkeesta. Neuvottelujen eri vaiheessa keskusteluja käydään eri tarjoajien kanssa. Jokaiselle tarjoajille on varattava sama aika neuvottelujen käymiselle ja kaikkien kanssa on neuvoteltava kaikista hankinnan ehdoista.⁹¹ Lain esitöiden mukaan tarjoajien tasapuolisen kohtelun, sekä menettelyn jälkikäteisen arvioinnin vuoksi, menettelyn aikana tulisi kiinnittää huomiota asiakirjojen, jotka koskevat neuvottelun kulkua, laatimiseen. Tällaisia asiakirjoja ovat esimerkiksi neuvotteluista pidetyt pöytäkirjat.⁹²

Neuvottelujen tasapuolisuutta on arvioitu oikeuskäytännössä useassa tapauksessa. Markkinaoikeuden ratkaisussa 481/10, jossa arvioitiin neuvottelujen tasapuolisuutta hankinnassa, jossa lennonjohtojärjestelmän hankinnassa neuvotteluihin oli valittu kaksi tarjo-

⁸⁹ HE 50/2006vp s. 76 ja Pekkala & Pohjonen 2014: 247–249.

⁹⁰ He 50/2006 vp s. 253.

⁹¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 249.

⁹² HE 50/2006 vp s. 76.

ajaa. Hankintayksikkö oli neuvottelujen aikana tutustunut ainoastaan toisen tarjoajan tarjoamaan ratkaisuun sellaisella lentoasemalla, jolla se oli käytössä. Toisen tarjoajan järjestelmän osalta vastaavaa tutustumiskäyntiä ei tehty. Markkinaoikeus arvioi, että koska järjestelmä, johon ei käyty tutustumassa oli yleisesti toimivaksi todettu ja erityisesti hankintayksikön menettelyn avoimuus vierailua koskien, hankintayksikön toiminta ei asettanut tarjoajia eriarvoiseen asemaan eikä menettelyn tasapuolisuus siis vaarantunut.⁹³

Päiväkodin lisärakennusurakkaa koskevassa kilpailutuksessa KHO totesi, ettei tarjoajia kohdeltu tasapuolisesti, kun hankintayksikkö oli ainoastaan yhdelle tarjoajalle kertonut, että tietyistä toimisto- ja työhuone sekä sosiaaliloista voitaisiin luopua. Tiedolla oli KHO:n mukaan ollut huomattavaa merkitystä yhteismitallisten ja vertailukelpoisten tarjousten saamisessa sekä se oli asettanut tarjoajat eriarvoiseen asemaan.⁹⁴

Neuvotteluja voidaan käydä myös vielä kilpailuttamisvaiheen jälkeenkin. Varsinkin monimutkaisissa hankinnoissa, kuten käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa, sopimusvaiheessa joudutaan käymään neuvotteluja ostajan, myyjän ja hankkeen rahoittajan välillä. Neuvotteluissa viimeistellään sopimuksen käytännön toteutus, rakenne sekä rahoitusehdot ja –järjestelyt. Muutokset eivät tässä vaiheessa kuitenkaan saa muuttaa hankintaa olennaisesti. Pienten muutosten sallimisella on pyritty turvaamaan menettelyn joustavuus, ettei menettelyä tarvitse aloittaa uudestaan pienten muutosten vuoksi.⁹⁵ Voittajaa suosivana, vasta sopimusneuvotteluissa käytyinä neuvotteluna on pidetty kotimaisessa oikeuskäytännössä muutosta, jossa voittaneen tarjouksen ehto muutettiin optiksi, jonka vaikutuksesta hinta aleni merkittävästi.⁹⁶ Korkein oikeus arvioi ratkaisussaan alihankkijan vaihtumisen kielletyksi muutokseksi asiassa, jossa alihankkijan ominaisuuksilla voitiin katsoa olevan olennainen merkitys⁹⁷

Komission ehdotuksessa uudeksi hankintadirektiiviksi yksi esityksistä on ollut neuvottelumenettelyn käyttöalan laajentaminen. Komissio myös ehdottaa esityksessään, että nykyinen hankintailmoituksella toteutettu neuvottelumenettely korvattaisiin ns. tarjousperusteisella neuvottelumenettelyllä. Tarjousperusteisen menettelyn käyttöala tulisi olemaan nykyisten rajoitusten sijaan kaikki mahdolliset hankinnat, jossa hankintayksikkö ei määritellä riittävän tarkasti hankinnan kohteen teknisiä määritelmiä.⁹⁸ Meneillään olevan hankintalain kokonaisuudistuksen myötä neuvottelumenettelyä koskevaan sään-

⁹³ MAO 30.10.2010/481.

⁹⁴ KHO 24.10.2011/3040.

⁹⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 255.

⁹⁶ MAO 23.6.2005 163.

⁹⁷ KHO 19.10.2005/ 2647.

⁹⁸ Ukkola 2012: 271.

telyyn on tulossa myös muutoksia, johtuen osin uuden hankintadirektiivin implementoinnista. Hankintalain uudistuksessa neuvottelumenettelyn käyttöedellytyksiä on tarkoitus laajentaa. Uudessa laissa neuvottelumenettelyn käyttö olisi mahdollista esimerkiksi hankinnoissa, jotka sisältävät innovatiivisia ratkaisuja tai suunnittelua. Neuvottelumenettelyn sisältöön ei uuden hankintalain ole tarkoitus tuoda muutoksia.⁹⁹

3.9. Kilpailullinen neuvottelumenettely

Hankintalain 5 §:n 14 kohdan määritelmän mukaan kilpailullinen neuvottelumenettely on määritelty hankintamenettelyksi, jossa

” [..]hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen ja johon kaikki toimittajat voivat pyytää saada osallistua; hankintayksikkö neuvottelee menettelyyn hyväksytyjen ehdokkaiden kanssa löytääkseen yhden tai usean ratkaisun, joka vastaa sen tarpeita ja jonka perusteella valittuja ehdokkaita pyydetään tekemään tarjouksensa.”

Kilpailullinen neuvottelumenettely on edellä käsitellyn neuvottelumenettelyn ns. sisar-menettely. Se tuli osaksi hankintalainsäädäntöä vuoden 2007 hankintalain uudistuksessa. Joustavuudeltaan se on rajoitettua menettelyä joustavampi, mutta neuvottelumenettelyyn verrattuna säädellympi hankintamenettely. Verrattuna tavalliseen neuvottelumenettelyyn, näyttäisi siltä, että kilpailullisella neuvottelumenettelyllä pyritään neuvotteluissa enemmän keinojen ja ratkaisumallien löytämiseen kuin yksittäisten sopimusehtojen tai hankittavien tuotteiden yksityiskohtiin. Verrattuna neuvottelumenettelyyn neuvottelut tulee siis päättää aikaisemmassa vaiheessa. Yksityiskohdista tulisi kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä käydä neuvotteluja ainoastaan muodollisen vertailuvaiheen kautta valikoituneen yhden toimittajan kanssa, varsinaisen neuvotteluvaiheen keskittyessä tarkentamaan hankinnan kohdetta ja sen toteuttamistapaa.¹⁰⁰

⁹⁹ Työ ja elinekinoministeriön mietintö 2014: 51 ja 133.

¹⁰⁰ Ukkola 2012: 269.

3.9.1. Käyttöedellytykset

Hankintalain 29 §:n 1 momentin mukaan kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan käyttää erityisen monimutkaisissa hankinnoissa, joissa ei etukäteen pystytä määrittelemään kilpailutettavan hankkeen teknisiä, taloudellisia tai oikeudellisia seikkoja. Hankintalain esitöissä esimerkkinä kilpailullisella neuvottelumenettelyllä kilpailutettavasta hankinnasta on mainittu suuret liikenneinfrastruktuurihankkeet, korkean teknologian hankinnat sekä hankkeet, joissa riskinjakomallin tekeminen ei ennakolta ole mahdollista.¹⁰¹ Hankintalaissa ei ole tyhjentävästi määritelty sitä, mitä monimutkaisuudella tässä tapauksessa tarkoitetaan. Monimutkaisuuden on katsottu tarkoittavan sitä, että menettelyn tulisi olla objektiivisesti tavanomaista vaikeampaa asiaan perehtyneelle hankintatoimen ammattilaiselle. Monimutkaisuus ei siis voi johtua hankintayksikön osaamisen tai resurssien puutteesta. Hankintayksikkö on siis velvollinen kohtuullisissa määrin selvittämään markkinainformaatiota tai käytettävissä olevia ratkaisuja. Sellaisissa tilanteissa, joissa ei objektiivisesti katsottuna ole mahdollisuutta ratkaista etukäteen parasta vaihtoehtoa hankinnan toteuttamiseksi, voi hankintayksikkö käyttää kilpailullista neuvottelumenettelyä. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta on mainittu vesistön ylittävän tai alittavan väylän rakentaminen, jossa hankinta voidaan toteuttaa usealla tavalla, joko erityyppisillä tunneli- tai siltaratkaisuilla. Vaikka hankinnan kohde ei itse olisi teknisesti monimutkainen, voi monimutkaisuus liittyä myös hankintaan liittyviin oikeudellisiin järjestelyihin. Monimutkaisuus voi johtua myös sopimuskokonaisuuteen liittyviin oikeudellisiin järjestelyihin, kuten rahoitusmalleihin. Esimerkiksi koulun rakentaminen ei sinänsä ole katsottu monimutkaiseksi hankinnaksi, mutta jos siihen liitetään pitkäaikainen ylläpito ruokahuoltoineen ja korjauksineen, voidaan hankintaa pitää todennäköisesti monimutkaisena.¹⁰²

3.9.2. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulku

Hankintalain 30 § sisältää säätelyn kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulusta. Verratuna aiemmin käsiteltyyn neuvottelumenettelyyn, kilpailullisen neuvottelumenettelyn

¹⁰¹ HE 50/20006 vp s. 79.

¹⁰² Pekkala & Pohjonen 2014: 258–261.

kulku on tarkemmin säännelty. Menettelyn ensimmäinen vaihe on hankintailmoituksen julkistaminen, jossa hankintayksikön on lain mukaan ilmoitettava hankintaa koskevat tarpeensa ja vaatimuksensa. Lisäksi hankintayksikkö voi laatia hankekuvauksen, jolla se tarkentaa hankinnan tavoitteita ja sisältöä. Lisäksi hankintayksikön tulee hankintailmoituksessa ilmoittaa menettelyyn valittavien tarjoajien valintaperusteet. Valintaperusteita voivat olla esimerkiksi ehdokkaan taloudelliseen tai rahoitukseen asemaan tai ammatilliseen pätevyyteen liittyvät seikat. Hankintayksikkö aloittaa neuvottelut valitsemisensa tarjoajien kanssa neuvottelut hankinnan toteuttamiseen soveltuvien keinojen etsimiseksi.¹⁰³ Menettelyyn mukaan valittujen tarjoajien kanssa käydyt neuvottelut voivat koskea kaikkia sopimukseen liittyviä tekijöitä, eikä niiden sisältöä ole tarkasti rajattu lainsäädännössä. Neuvotteluissa voidaan siis niin sanotun normaalin neuvottelumenettelyn tapaan neuvotella kaikista hankinnan ehdoista, aina teknisistä ratkaisuehdotuksista hintaan ja oikeudellisiin kysymyksiin. Neuvottelut tulee käydä erikseen jokaisen tarjoajan kanssa. Yleensä neuvottelut ovat monivaiheisia, sillä monimutkaisissa hankinnoissa hankintayksikön tarpeet täysin tyydyttävä ratkaisu ei löydy ensimmäisessä vaiheessa. Kilpailullinen neuvottelumenettely voidaan käydä kahdella tapaa. Tarjoajat voivat antaa tarjouksen omasta ratkaisuehdotuksestaan tai lopullinen tarjous voidaan pyytää yhdestä, hankintayksikön valitsemasta ratkaisuehdotuksesta. Se, kumpaa tapaa käytetään, on ilmoitettava ennakolta. Käytettäessä vaihtoehtoa, missä lopullinen tarjous tehdään yhdestä ratkaisuehdotuksesta, ehdotettuja ratkaisuvaihtoehtoja karsitaan vaiheittain. Hankintayksikön tulee tehdä aina ratkaisuehdotuksen hylkäämisestä päätös. Neuvotteluja jatketaan niin kauan, että hankintayksikkö pystyy tekemään päätöksen ratkaisuvaihtoehdosta, josta kaikki tässä vaiheessa mukana olevat tarjoajat tekevät tarjouksen. Hankintayksikön saamista tarjouksista on valittava kokonaistaloudellisesti edullisin, eikä pelkän hinnan käyttäminen vertailuperusteena ole mahdollista. Koska kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn osallistuminen saattaa vaatia suuria ponnisteluja, voi hankintayksikkö osallistujien houkuttamiseksi maksaa korvauksia tarjouskilpailuun osallistumisesta.¹⁰⁴

Hankintalakiin on kirjattu EU-direktiivien mukaisesti muistutus tarjoajien tasapuolisesta kohtelusta ja luottamuksellisuudesta kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä. Tasapuolisen kohtelun osalta on huomioitava erityisesti siinä, että kaikki tarjoajat saavat menette-

¹⁰³ HE 50/2006 vp s. 80.

¹⁰⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 263–267.

lyn aikana samat tiedot, eikä kukaan ole tietojen suhteen eriarvoisessa asemassa. Hankintayksikön tulee olla huolellinen, ettei se paljasta tarjouskilpailun aikana tarjoajan esittämiä ratkaisuja tai neuvotteluissa ilmi tulleita luottamuksellisia asioita ilman tarjoajan tai ehdokkaan lupaa. Liikesalaisuuksien yksilöiminen on tarjoajan vastuulla ja niiden tulee olla aitoja liikesalaisuuksia. Liikesalaisuutena ei voida esimerkiksi pitää sitä, että joku tarjoaa ratkaisuksi siltä vesistön ylittämiseksi ja toinen lauttayhteyttä. Hankintayksiköllä on mahdollisuus vaatia tarjoajaa laatimaan myöhemmin julkistettaviin asiakirjoihin selostuksen hankkeesta. Tarjouskilpailun päätyttyä hankintayksikön on käsiteltävä menettelyssä saamia tietoja siten, kuin viranomaisen toiminnan julkisuudesta säädetyssä laissa säädetään.¹⁰⁵

Verrattuna tavalliseen neuvottelumenettelyyn näyttäisi siltä, että kilpailullisella neuvottelumenettelyllä pyritään neuvotteluissa enemmän keinojen ja ratkaisumallien löytämiseen kuin yksittäisten sopimusehtojen tai hankittavien tuotteiden yksityiskohtiin. Verrattuna neuvottelumenettelyyn neuvottelut tulee siis päättää aikaisemmassa vaiheessa. Yksityiskohdista tulisi kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä käydä neuvotteluja ainoastaan muodollisen vertailuvaiheen kautta valikoituneen yhden toimittajan kanssa.¹⁰⁶

3.10. Hankintamenettelyt EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa

Hankintalain 65 §:n mukaan hankinnan jäädessä arvoltaan EU-kynnysarvojen alle, sovelletaan kilpailutuksessa hankintalain 9 luvun mukaisia menettelyjä. Hankintamenettelyjen osalta neuvottelumenettelyn käyttöalaa on laajennettu hankintalain 66 §:n mukaisiin hankintoihin ja suora hankinnan on laajennettu saman lain 67 §:n mukaisiin hankintoihin.

EU-hankintoihin verrattuna kansallisia hankintoja kilpailutettaessa voidaan noudattaa kevyempiä menettelyjä. Neuvottelumenettelyn ja suora hankinnan laajennetun käyttöalan lisäksi eroja on useita. EU-hankinnoissa noudatettavia määräaikoja ei ole pakko noudattaa. Hankinnoissa noudatettavien määräaikojen tulee kuitenkin olla suhteessa

¹⁰⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 262.

¹⁰⁶ Ukkola 2012: 269.

hankinnan ja tarjouspyynnön laajuuteen ja tarjouksen tekemiselle ja hankintaan tutustumiselle on jäätävä riittävästi aikaa. Hankintailmoituksessa käytetään kansallisissa hankinnoissa HILMA järjestelmän mukaista kansallista lomaketta. Tarjouspyyntö saa olla sisällöltään suppeampi kuin EU-hankinnoissa. Ehdokkaiden ja tarjoajien valinnassa voidaan käyttää mitä tahansa syrjimätöntä ehtoa. Tarjouksen vertailuperusteiden painotuksia ei tarvitse ilmoittaa, riittää että ilmoittaa perusteiden tärkeysjärjestyksen. Sellaisissa hankinnoissa joissa palvelun tarjoamisesta tai työn tekemisestä vastaavien henkilöiden osaamisella on erityistä merkitystä, voidaan vähimmäisehdon ylittävä osaaminen ottaa huomioon tarjousten vertailussa. Kansallisissa hankinnoissa hankintayksikkö voi allekirjoittaa hankintasopimuksen heti hankintapäätöksen jälkeen, sillä niihin ei sovelleta pakollisia odotusaikoja.¹⁰⁷

Kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa ei sovelleta lainkaan hankintalain mukaisia menettelyjä. Hankintayksikkö voi tällöin tehdä hankinnan vapaamuotoisemmin. Hankintoja suoritettaessa on kuitenkin muistettava noudattaa syrjimätöntä kohtelua ja riittävää avoimuutta menettelyssä. Vastaavasti kaikissa EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa on mahdollista vapaaehtoisesti soveltaa samoja ehtoja ja velvoitteita kun arvoltaan EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa on noudatettava.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Pekkala & Pohjonen 2014: 570–572.

¹⁰⁸ Pekkala & Pohjonen 2014: 567 ja 572.

4. KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUKSET

Niin sanotussa tavallisessa hankintasopimuksessa yksinkertaistetusti esitettyä hankintayksikkö hankkii haluamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan maksamalla siitä hankinnan toimittajalle tai suorittajalle korvausta, joka on yleisimmin rahaa. Käyttöoikeussopimukset eroavat edellä kuvatusta tavallisesta hankinnasta siten, että niissä hankintayksikkö hankkii kyllä haluamansa palvelun tai rakennusurakan, mutta vastikkeena siitä toimittaja saa pelkän rahallisen korvauksen sijaan käyttöoikeuden palveluun tai urakan kohteena olevaan rakennukseen. Käyttöoikeuden lisäksi hankintayksikkö voi maksaa toimittajalle rahallista korvausta. Esimerkkinä käyttöoikeussopimuksesta toimii hyvin hankintayksikön ja linja-autoyrittäjän välinen sopimus, jossa yrittäjä sitoutuu tarjoamaan kuljetuspalveluita siten, että saa osan tuloistaan palvelua käyttäviltä asiakkailta ja osan hankintayksiköltä.¹⁰⁹

Vastikkeellisuutta käyttöoikeussopimuksissa on arvioitu kansallisessa oikeuskäytännössä esimerkiksi Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa, joka käsitteli vammaispalvelulain perusteella inva-autoa tarvitsevien kuljetuspalveluiden tilaustenvälitystä. Toiminnan katsottiin olevan vastikkeellista, kun korvaus tilaustenvälityksestä tuli kokonaan palvelun käyttäjiltä, eikä hankintayksiköltä.¹¹⁰ Saman asian markkinaoikeuskäsittelyssä markkinaoikeus toteaa että vastikkeellisuuden käsitettä on tulkittava laajasti. Merkittävä seikka on siinä, että tuottaako vastike sen saajalle taloudellista arvoa. Taloudellista arvoa on katsottu rahallisen korvauksen lisäksi sellaisilla sopimuksilla, joissa hankintayksikkö myöntää hankinnan saajalle muuta rahallisesti mitattavaa etua, kuin rahallista korvausta.¹¹¹

Käyttöoikeussopimukset voidaan jakaa kahdentyyppisiin käyttöoikeussopimuksiin hankinnan kohteen mukaan, palveluja koskeviin käyttöoikeussopimuksiin sekä julkisiin käyttöoikeusurakoihin. Käsittelen niiden sisältöjä ja eroja jäljempänä, kun ensin on määritelty mitä käsite käyttöoikeussopimus yleisesti tarkoittaa. Käyttöoikeussopimukset ovat kuuluneet aiemmin kyllä unionin hankintalainsäädännön piiriin, mutta ne ovat olleet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolella.¹¹² Vuonna 2014 säädetyllä direktiivillä käyttöoikeussopimusten tekemisestä (2014/23/EU) haluttiin selkiyttää käyttöoikeussopimuksia koskevaa lainsäädäntöä. Selkiyttämisen tavoitteena on poistaa oikeudellista epävarmuutta käyttöoikeussopimusten tekemiseen liittyen. Tämän taas direktiiv-

¹⁰⁹ Pekkala & Pohjonen 2014: 107.

¹¹⁰ KHO 2012:71.

¹¹¹ MAO 10.7.2012/262–264.

¹¹² Ukkola 2011a: 291.

vin mukaan edistäisi julkisten varojen tehokasta käyttöä sekä lisätä yritysten, eritoten pk-yritysten, liiketoimintamahdollisuuksia ja pääsyä osalliseksi käyttöoikeussopimuksia. Direktiivin perustelujen mukaan käyttöoikeussopimukset ovat infrastruktuurin ja strategisten palveluiden kehittämisen tärkeä väline edistämällä kilpailua sisämarkkinoilla mahdollistaen yksityisen sektorin asiantuntemuksen hyödyntämisen toiminnan tehostamiseen ja innovaatioiden lisäämiseen.¹¹³

Sekä unionin että kansallisessa oikeuskäytännössä on todettu, että käyttöoikeussopimukseksi voidaan katsoa myös vuokrasopimus. Vuokrasopimusta voidaan pitää käyttöoikeussopimuksena ainoastaan silloin, kun se täyttää kaikki käyttöoikeussopimuksen määritelmän vaikutukset, esimerkiksi riskin siirtymisen osalta. Unionin tuomioistuin lisäksi ratkaisussaan toteaa, että vuokra-sopimukseen, joka katsotaan käyttöoikeussopimukseksi, ei voida soveltaa ratkaisun aikaan voimassa ollutta julkisia palveluhankintoja koskevaa direktiiviä (92/50/ETY). Tällaiset käyttöoikeussopimuksina pidettävät järjestelyt tulee siis kilpailuttaa kansallisia hankintamenettelyjä käyttäen.¹¹⁴ Tärkeää on kuitenkin huomata seikka, että jos järjestelyn pääasiallisena tarkoituksena ei ole jonkin palvelun hankkiminen vaan omaisuuden hoitaminen sijoitustarkoituksessa, ei kyseessä voi olla käyttöoikeussopimus.¹¹⁵

4.1. Käyttöoikeussopimukseen liittyvä riski

Riskin arviointi on yksi keskeinen tekijä arvioitaessa onko jossain järjestelyssä kyse käyttöoikeussopimuksesta vai tavallisesta hankinnasta¹¹⁶. Tulkintakysymys siitä, onko kyseessä tavallinen hankintasopimus vai käyttöoikeussopimus on ollut useasti unionin tuomioistuimen ratkaistavana ja riskin siirtyminen on näissä arvioissa noussut usein ratkaisevaan rooliin. Uudessa käyttöoikeussopimusten tekemisestä annetussa direktiivissä riskin käsitettä on haluttu selventää.

¹¹³ 2014/23/EU L91/2.

¹¹⁴ MAO 6.6.2013/250 ja C-458/03, Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen.

¹¹⁵ KHO 2015:59.

¹¹⁶ Ukkola 2011a: 299.

Ensinnäkin sopimukseen on liityttävä taloudellinen riski, mikä tarkoittaa sitä, että vaikka hankintayksikkö maksaisi korvausta palvelun tai urakan suorittamisesta, ei maksettu korvaus saa olla määrältään yhtä suuri kuin palvelun tai urakan toteutumisesta sen suorittajalle aiheutuvat kustannukset ovat. Jos hankintayksiköltä saatava korvaus on kulujen tai investointien suuruinen tai suurempi, on kyseessä käyttöoikeussopimuksen sijasta tavallinen hankinta. Kuitenkin kyseessä olisi direktiivin mukaan käyttöoikeussopimus, jos siitä huolimatta että hankintayksikkö korvaa tai on enemmän kuin kaikki siitä aiheutuvat menot jos sopimuksen toteuttamisesta aiheutuneiden menojen takaisinsaaminen riippuu palvelun tai omaisuuserän tosiasiallisesta kysynnästä ja tarjonnasta. Kysyntään liittyvällä riskillä tarkoitetaan luonnollisesti sitä kysyntään liittyviä riskitekijöitä, kuten riskiä asiakkaiden määrän riittävydestä. Tarjontariskillä tulee ymmärtää riskiä siitä, ettei palvelun tai urakan toteuttamiseen liittyvää riskiä esimerkiksi siitä, että sen tarjoaminen ei vasta kysyntää. Käyttöoikeussopimuksen ei ole katsottu olevan kyseessä silloin, kun riski on poistettu takaamalla alakohtaisella sääntelyllä sopimuksen toteuttajalle sopimuksen toteuttamisen kulujen ja investointien takaisinsaaminen.¹¹⁷

Konsessioon liittyvän riskiin on unionin tuomioistuimen ratkaisuisissa linjattu, että riski voi olla määrältään pienikin, kunhan sen olemassaolo on todellinen¹¹⁸. Sama linjaus on mainittu myös käyttöoikeussopimuksia koskevassa direktiivissä. Riskin todellisuutta on arvioitu unionin tuomioistuimen ratkaisussa C382/05 komissio vastaan Italia, jossa kyseessä katsottiin olevan konsession sijaan tavallinen hankintasopimus sen vuoksi, että valtio sitoutui toimittamaan tietyn vähimmäismäärän jätettä ja sopimuksessa sovittiin korvauksen määrän tarkistamisesta sopimuskaudella olosuhteidenmuutosten johdosta. Unionin tuomioistuimen ratkaisussa C-206/08, WAZV Goth arvioitiin riskin määrää. Ratkaisussa todettiin että riski voi olla määrällisesti huomattavan pieni, kunhan se siirtyy joko kokonaan tai pääosin hankintamenettelyssä toimittajan vastuulle. Riskin määrä voi olla huomattavan pieni esimerkiksi hintasäännellyillä aloilla tai sellaisilla aloilla, joissa julkisen palvelutarjonnan piirissä on ollut entuudestaan paljon asiakkaita, ennen kuin palvelu tuotetaan käyttöoikeussopimuksella.

¹¹⁷ 2014/23/EU L91/3–4.

¹¹⁸ Pekkala & Pohjonen 2014: 107.

Riskin tasoa arvioitaessa unionin tuomioistuin on linjannut, että riskin on oltava luonteeltaan liiketoiminnallista. Tämä tarkoittaa sitä, että riskin on oltava riskiä altistua markkinoilla tapahtuvan kilpailun aikaansaamille epävarmuustekijöille. Toimittajan itse aiheuttamalla riskillä, kuten esimerkiksi huonolla liikkeenhoidolla tai arviointivirheillä, ei ole merkitystä arvioitaessa onko kyseessä hankintasopimus vai konsessio.¹¹⁹ Uudessa konsessioita sääntelevässä direktiivissä riskistä käyttöoikeussopimuksissa puhutaan toiminnallisesta riskistä. Direktiivin mukaan toiminnallinen riski, joka käyttöoikeussopimukseen tulee sisältyä, tulee olla luonteeltaan sellaista, etteivät sopimuspuolet voi siihen vaikuttaa. Toiminnallinen riski voi liittyä joko pelkästään kysyntään tai tarjontaan liittyviin tekijöihin tai niihin molempiin. Käyttöoikeussopimuksen määritelmän suorittamiseksi tehtyjen investointien tulee siis olla riippuvaista palvelun tai omaisuuserän tosiasiallisesta kysynnästä tai tarjoamisesta.¹²⁰

Kotimaisesta oikeuskäytännössä markkinaoikeus on arvioinut mm. riskiedellytyksen täyttymistä ratkaisussaan koskien Kansaneläkelaitoksen solmimaa suorakorvausmenettelyä. Markkinaoikeus katsoi, että kyseessä oli palveluita koskeva käyttöoikeussopimus, koska riskiedellytys täyttyi, sillä Kansaneläkelaitoksen sopimuskumppanin vastuulle jäi vastuu taksipalveluiden välittämisestä aiheutuvista kustannuksista ja joutui näin ollen investoimaan palvelun tuottamiseen. Taksimatkoista oli kuitenkin mahdollisuus saada korvauksia myös siten, että asiakas haki niitä jälkikäteen Kansaneläkelaitokselta. Markkinaoikeus katsoi että suorakorvausmenettelyä koskeva sopimus ei taannut sopimuskumppanille tuloja, vaan sen tulot olivat riippuvaisia kolmansien osapuolten käyttäytymisestä ja näiltä saaduista tuloista. Riskiedellytyksen katsottiin siis täyttyneen ja kyseessä olevan tältä osin käyttöoikeussopimuksesta.¹²¹

Riskiedellytyksen katsottiin täyttyvän myös asiassa, jossa piirinuohoojalle katsottiin syntyvän riittävä riski vaikka lainsäädäntö velvoittaakin käytössä olevien tulisijojen ja hormien nuohoamiselle. Riski oli kuitenkin riittävä, koska sääntely koskee vain käytössä olevia tulisioja, eikä rajoita asukkaiden oikeutta luopua tulisijan käytöstä. Riskin katsottiin olevan riittävä, vaikka samalla todettiin sen olevan erittäin pieni johtuen nuohouspalveluita koskevasta julkisesta sääntelystä.¹²²

Markkinaoikeus arvioi ratkaisussaan linja-autoliikennepalveluja koskevaa hankintaa riskin jakautumista hankintayksikön ja käyttöoikeuden saajan välillä ja sen vaikutusta siihen, voidaanko kyseessä katsoa olevan käyttöoikeussopimus. Tapauksessa riskistä suuremman osan arvioitiin jäävän hankintayksikön kannettavaksi kuin mitä siirtyy palvelun toteuttajalle. Markkinaoikeus katsoi, ettei riskiä voida katsoa siirtyvän sillä tapaa palvelun tuottajalle hankintalain edellyttämällä tavalla, että kyseistä hankintaa voitaisiin pitää käyttöoikeussopimuksena.¹²³

¹¹⁹ Ukkola 2011a: 299.

¹²⁰ 2014/23/EU L94/4.

¹²¹ MAO:10.7.2012/262-264.

¹²² MAO 16.10.2009/494.

¹²³ MAO 8.1.2015/5.

Esitetyistä oikeustapauksista voi huomata, että käyttöoikeussopimuksen saajalle siirtyvä riski voi olla määrältään lähes teoreettinen ja silti sen on katsottu täyttävän riskin siirtymisen edellytyksen ja hankinnan on katsottu täyttävän käyttöoikeussopimuksen määritelmän

4.2. Palvelukonsessio

4.2.1. Palveluhankinta

Ennen kuin voidaan käsitellä palvelukonsessiota ja sen kilpailuttamista, on paikallaan määritellä mitä tarkoitetaan palveluhankinnalla. Palvelukonsessiossa on kyseessä kuitenkin palvelun hankinta joten hankinnan kohde ja siihen liittyvät erityispiirteet ovat samanlaisia kuin ns. tavallisessa palveluhankinnassa.

Hankintalaki määrittelee lain 5 §:n 1 mom. 4 kohdassa palveluhankintasopimuksen sisällöksi

”[..]muuta kuin julkista rakennusurakkaa tai julkista tavarahankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen; palveluhankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden arvo; lisäksi palveluhankintasopimukseksi katsotaan hankintasopimus, johon palvelujen ohella sisältyy liitteessä C tarkoitettuja rakennustöitä.”

Kilpailutettaessa palveluhankintaa, käytettävissä olevat menettelyt ovat riippuvaisia siitä, millaisia palveluita ollaan hankkimassa. Hankintalain liitteissä palvelut on lajiteltu laadun mukaan siten, että ne kuuluvat joko liitteen A tai B mukaisiin palveluihin. Liitteen A palveluita kutsutaan ensisijaisiksi palveluiksi. Tällaisia palveluita ovat muun muassa kuljetuspalvelut, rahoituspalvelut ja tutkimuspalvelut sekä kiinteistöhuolto- ja terveyspalvelut sekä koulutuspalvelut. Jos hankinta sisältää molempia palveluita, hankinnassa käytetty menettely valitaan sen mukaan, kumpaan ryhmään kuuluvien palveluiden osuus on arvolla mitattuna suurempi. Jos hankinnan arvo ylittää EU-kynnysarvon ja

hankintaan sovelletaan sen laadun mukaan liitteen A mukaisten palveluiden mukaisia menettelyjä, soveltuu hankintalaki niiden kilpailutukseen kokonaisuudessaan lukua 9 lukuun ottamatta. Liitteen B mukaisiin hankintoihin sovelletaan aina sen arvosta riippumatta hankintalain 9 luvun mukaisia, niin sanottuja kansallisia hankintamenettelyjä.¹²⁴

Kilpailuttamisen näkökulmasta tarkasteltuna palveluhankinnoissa on esiintynyt paljon ongelmia verrattuna tavarahankintojen kilpailuttamiseen. Tälle voidaan nähdä eri syitä. Tavarahankinnat ovat usein luonteeltaan yksinkertaisia ja niissä hankintaan usein ns. bulkkituotteita. Palveluhankinnoissa hankinnan kohde on hankalammin määriteltävissä, mikä on aiheuttanut ongelmia tarjousten tarjouspyynnön mukaisuuden arvioinnille sekä keskinäiselle vertailulle. Palveluhankinnassa ilmenneet hankaluudet johtuvat myös osaltaan siitä, että hankintayksiköt ovat vasta siirtymässä palveluiden ostamiseen oman tuotannon sijaan ja niiltä puuttuu siten asiantuntemus ja kokemus palveluiden kilpailuttamisesta.¹²⁵ Hankittava palvelu voi kohdistua hankintayksikön omien tarpeiden lisäksi täyttämään asiakkaiden tarpeen, esimerkiksi potilaiden hoidon tarpeen¹²⁶. Palveluiden kilpailuttamisen vaikeudet liittyvät usein palvelun laatuun liittyvien tekijöiden määrittämiseen tarjouspyynnössä.¹²⁷ Palveluita hankittaessa tarjoajien ja ehdokkaiden arvioinnissa sekä tarjousten arvioinnissa voidaan käyttää hieman laajemmin tarjoajan ominaisuuksiin liittyviä vertailuperusteita. Palveluiden toteuttaminen on usein hyvin työntekijöiden henkilökohtaisesta suorittamisesta ja osaamisesta riippuvaista, joten esimerkiksi tarjoajien kelpoisuuden arviointiin soveltuu usein vaatimus palvelun suorittajalle henkilöstön tietynlaisesta koulutuksesta ja pätevyyksistä.¹²⁸

Hankintalaki antaa mahdollisuuden käyttää kansallisissa palveluhankinnoissa vertailuperusteena tarjoajan soveltuvuuden ylittävää laadunhallintaa, kokemusta tai ammattitaitoa. Edellytyksenä tällaisten vertailuperusteiden käytölle on näiden perusteiden erityinen merkitys palvelun toteuttamiselle. Käytännön hankintatoimessa tämäntyyppisiä vertailuperusteita on käytetty myös EU-kynnysarvot ylittävissä palveluhankinnoissa vertai-

¹²⁴ Pekkala & Pohjonen 2014: 105.

¹²⁵ Eskola & Ruohoniemi 2011: 51.

¹²⁶ Pekkala & Pohjonen 2014: 104.

¹²⁷ HE 50/2006 s. 14.

¹²⁸ Hyvönen ym. 2008: 154

luperusteina, koska palveluhankinnat ovat luonteeltaan sellaisia, ettei muita vertailuperusteita joissain tapauksissa edes ole olemassa. Käytettäessä soveltuvuuden ylittämistä tarjouksen vertailuperusteena, tulee hankintayksikön selvästi erottaa toisistaan erillisiksi vaiheiksi ja tehdä ero soveltuvuuden arviointivaiheen ja tarjousten vertailun välille.¹²⁹ Palveluhankinnoissa on lisäksi katsottu tehtävään valittavien henkilöiden haastattelemisen olevan mahdollista. Haastattelu ei kuitenkaan saa olla yleistä, vaan sen tulee perustua asetettuun vertailuperusteeseen tai vaatimukseen ja pyrkiä mittaamaan juuri kyseistä ominaisuutta kuten esiintymis- tai kielitaitoa.¹³⁰

4.2.2. Palvelukonsession määritelmä

Palvelukonsessio, toisin sanoen palveluita koskeva käyttöoikeussopimus on määritelty hankintadirektiivin 2004/18/EY 1 artiklan 4 kohdan sekä erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY 1 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan sisällöltään samanlaiseksi hankinnaksi kuin edellisessä kappaleessa määritelty tavallinen palveluhankinta. Sama määritelmä löytyy myös kansallisesta hankintalaista ja erityisalojen hankintalaista. Ero näiden kahden välillä tulee siitä jo aiemmassa vaiheessa esitetystä seikasta, että palveluja koskevassa käyttöoikeussopimuksessa palvelujen suorittamisesta vastikkeena on hankintayksikön maksaman maksun sijasta palvelun käyttö- tai hyödyntämisoikeus. Palvelukonsession saaja voi saada yhdessä tämän oikeuden kanssa hankintayksikön maksamaa rahallista korvausta. Käyttöoikeussopimuksessa sopimuksen toteuttajalle voidaan myös antaa oikeus periä maksuja palvelua käyttäviltä asiakkailta. Perittävän maksun enimmäismäärää voidaan kuitenkin rajoittaa käyttöoikeussopimuksessa. Maksun enimmäismäärän lisäksi on myös mahdollista että sopimus sisältää erilaisia ehtoja, kuten vaikkapa ehto siitä, että tietty osa palveluista tuotetaan maksutta. Tyypillisesti palvelukonsessiossa voidaan myöntää oikeuden jonkin tilan tai maantieteellisen alueen hyödyntämiseen palvelun tarjoamisessa.¹³¹

Palvelukonsession ja ns. tavallisen palveluhankinnan välinen ero voi joskus olla tulkin-

¹²⁹ Valtion hankintakäsikirja 2010: 98.

¹³⁰ MAO 30.6.2009/331.

¹³¹ Pekkala & Pohjonen 2014: 108.

kisten tukien kanssa. Molemmat, sekä julkinen tuki että palvelukonsessio, syntyvät sopimuksesta. Julkinen tuki saattaa palvelukonsession tapaan sisältää tuen saajalle veloitteen jonkin palvelun tuottamiseen. Lisäksi palveluntuottajalla voi kummassakin tapauksessa olla oikeus periä käyttömaksuja palvelun käyttäjiltä.¹³²

Tärkeä piirre palvelukonsessiolle on se, että sen tulee sisältää riski kannattavuuden suhteen. Ilman kannattavuusriskiä ei kyseessä katsota olevan palvelukonsessio, vaan sen sijaan tavallinen palveluhankinta. Käyttöoikeussopimukseen sisältyvä riski kannattavuudesta tulee olla todellinen.¹³³ EU-tuomioistuin on todennut että riski on ymmärrettävä riskinä altistua markkinoiden epävarmuustekijöille, kuten sille, ettei palveluiden kysyntä ja tarjonta kohtaa toisiaan tai ettei saaduilla tuloilla pystytä kattaa toiminnasta aiheutuvia kustannuksia. Tuomioistuin esittää esimerkkinä riskistä ratkaisussaan palvelun käyttäjien maksukyvyttömyyden, palvelun puutteellisuudesta aiheutuvan vahinkoon perustuvan vastuun sekä toiminnasta saatujen tulojen jäämisen alle kustannusten, joita syntyy palvelun tarjoamisesta.¹³⁴ Hankintayksikön on mahdollista pienentää järjestelyyn liittyvää riskiä tai alentaa asiakkailta perittävän maksun määrää maksamalla palvelun ylläpitäjälle korvausta sellaisessa tapauksessa, jossa palvelulla on joko vähän käyttäjiä tai asiakkailta ei voida periä maksua palvelun käyttämisestä.

Käyttöoikeuksien kilpailuttamisessa voi olla kyse yksittäistä palvelua koskevasta kilpailutuksesta tai se voi liittyä jonkin palvelun ulkoistamiseen joko kokonaan hankintayksikön ja jonkin yrityksen yhteisesti toteutettavaksi. Laajuudeltaan palvelukonsessio voi olla erittäin laaja, valtakunnallinen yksinoikeus palvelun järjestämiselle, tai pieni, erittäin paikallisen palvelun tuottaminen.¹³⁵

Unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä palvelukonsession tärkeimmiksi tunnuspiirteiksi on arvioitu jo palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen määrielämässä ilmenevää oikeutta palvelun hyödyntämisoikeutta konkretisoivaa tekijää eli oikeutta periä

¹³² Pekkala & Pohjonen 2014: 110.

¹³³ Pekkala & Pohjonen 2014: 108–110.

¹³⁴ C-348/10, Norma-A SIA ja Dekom SIA vastaan Latgales planosanas region 10.11.2011.

¹³⁵ Pekkala & Pohjonen 2014: 110.

maksuja palvelun käyttäjiltä. Toinen tärkeä piirre ratkaisukäytännössä on ollut jo aikaisemmin käsitelty riskin ilmeneminen.¹³⁶

4.3. Rakennusurakkaa koskeva käyttöoikeussopimus eli urakkakonsessio

Hankintalain 5 §:n 5 kohta määrittelee käyttöoikeusurakan tarkoittavan muuten samantaista sopimusta kuin rakennusurakkasopimus, mutta vastikkeena rakennustyön suorittamisesta on pelkän rahallisen korvauksen sijasta käyttöoikeus rakennettavaan kiinteistöön tai tämän käyttöoikeuden lisäksi hankintayksikön suorittama maksu. Käytännössä urakkakonsessiolla on suoritettu tienrakentamiseen ja julkisten kiinteistöjen rakentamiseen liittyviä rakennusurakoita.¹³⁷

Rakennusurakkasopimus on sisällöltään sellainen sopimus, jonka kohteena tarkoitus on toteuttaa hankintalain liitteen C mukainen rakennustyö. Rakennusurakkasopimus saattaa sisältää myös kyseessä olevan urakan suunnittelun. Myös sellaiset pitkäaikaiset vuokrasopimukset määritellään kuuluviksi rakennusurakkasopimusten piiriin, missä tiloja räätälöidään käyttäjän tarpeiden mukaisiksi siten, ettei kiinteistöä voida sellaisenaan vuokrata enää toiselle käyttäjälle. Rakennusurakkasopimukseksi ja siten julkiseksi hankinnaksi ja kilpailuttamisen piiriin katsotaan myös sellaiset vuokrasopimukset, joissa on tavanomaista pidempi vuokra-aika. Jos sama julkinen hankinta sisältää sekä palveluita että rakennustöitä, on ratkaisevaa se, mikä on sopimuksen pääasiallinen kohde. Rajanveto sille, minkä tyyppinen hankinta on kyseessä, on merkittävää jo sen vuoksi, että erityyppisillä hankinnoilla on merkittäviä eroja kynnsarvojen suhteen. Hankintasopimus saattaa sisältää sekä palveluita että rakennusurakan. Tällaisessa tapauksessa hankintaan soveltuvat kynnsarvot ja siitä johtuen käytettävissä olevat hankintamenettelyt arvioidaan hankinnan pääasiallisen kohteen mukaan.¹³⁸

Kuten palvelukonsessioidenkin kohdalla, urakkakonsessiolle tyypillisiä piirteitä ovat vastikkeeseen ja riskiin liittyvät tekijät. Rakennusurakkaa koskevassa käyttöoikeusso-

¹³⁶ Ukkola 2011b: 6–7.

¹³⁷ HE 50/2006 vp s. 51.

¹³⁸ Pekkala & Pohojonen 2014: 106.

pimuksessa vastike tulee kokonaan tai osittain sopimuksen kohteena olevan rakennuksen käytöstä. Urakkaan tulee liittyä taloudellinen riski ja sen tulee siirtyä joko kokonaan tai osittain urakan toteuttajalle.¹³⁹ Riskin käsitettä konsessioissa on käsitelty jo aiemmin tässä työssä. Rakennusurakkaa koskevan käyttöoikeussopimuksen ja tavallisen rakennushankinnan erottaminen toisistaan on merkityksellistä sen vuoksi että niiden kilpailuttamisessa käytettävät menettelysäännökset eroavat toisistaan.¹⁴⁰

Hankintalain 23 §:ssä säännellään hankintalain soveltumisesta käyttöoikeusurakan saajan valintaan ja käyttöoikeusurakkaan liittyviin rakennusurakoihin. Pykälän mukaan arvoltaan EU-kynnysarvot ylittävien urakoiden osalta urakan saaja on kilpailutettava käyttäen hankintalain 5 luvun mukaisia hankintamenettelyjä. Tämä tarkoittaa sitä että esimerkiksi neuvottelumenettelyn käyttö on sallittua hankintalain 25 §:n ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö 29 §:n mukaisesti. Lisäksi kilpailuttamisessa on noudatettava hankintalain 35 §:n mukaisia määräyksiä hankintailmoituksista, 36 §:ssä ja 38 §:n 2 momentin mukaisia määräaikoja menettelyssä sekä säädöksiä alihankinnasta 48 §:n mukaisesti. Jos käyttöoikeusurakka jää arvoltaan EU-kynnysarvojen alle, on sen kilpailuttamisessa sovellettava hankintalain 9 luvun säännöksiä. Neuvottelumenettelyn käytön edellytyksiä käyttöoikeusurakoiden kilpailuttamisessa käsitellen myöhemmin.¹⁴¹

Hankintalain 23 §:ssä säädetään hankintalain soveltumisesta käyttöoikeusurakkaan liittyvän rakennusurakkaan liittyviin rakennusurakoihin. Käytännöllisemmin sanottuna tämä tarkoittaa alihankkijan käyttöä käyttöoikeusurakan suorittamisessa. Se, millä tapaa alihankkijoiden käyttö on mahdollista, riippuu siitä onko käyttöoikeusurakkaa koskevan kilpailun voittanut hankintayksikkö vai yksityinen yritys. Jos käyttöoikeusurakkaa koskevan tarjouskilpailun voittaa toinen hankintayksikkö, joutuu se kilpailuttamaan omat käyttöoikeusurakkaan liittyvät hankintansa samaan tapaan kuin muut tekemänsä hankinnat. Toisen hankintayksikön osallistuminen tarjouskilpailuihin on käytännössä hyvin harvinaista, sillä myyminen omistajakuntansa ulkopuolelle vaarantaa helposti hankintayksikön aseman sidosyksikkönä.

¹³⁹ HE 50/2006 vp s. 51.

¹⁴⁰ HE 50/2006 vp s. 51.

¹⁴¹ HE 50/2006 vp s. 72–73.

Käyttöoikeusurakan saaja ollessa yksityinen yritys, täytyy käyttöoikeuden saajan julkaista kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvot ylittävissä käyttöoikeusurakkaan perustuvasta rakennusurakasta hankintalain 35 §:n mukainen ilmoitus käyttöoikeusurakaan liittyvistä rakennusurakoista. Ilmoitusvelvollisuudella tavoitellaan pk-yritysten parempaa pääsyä osalliseksi alihankintoihin. Yksityisen konsessionsaajan ilmoitusvelvollisuus on rajattu vain varsinaiseen hankintailmoitukseen, eikä ennako- tai jälki-ilmoitusta tarvitse julkaista. Yksityisen konsessionsaajan on lisäksi noudatettava tarjouskilpailuun säädettyjä määräaikoja. Ilmoitusvelvollisuus ja siitä seuraava sääntely koskee vain sellaisia tapauksia, kun konsession saaja käyttää aliurakoitsijana kolmatta osapuolta. Jos alihankinta tehdään sidosyritykseltä tai tarjouksen tekemiseen osallistuneen yritysryhmittymän sisältä, ei muuna kuin hankintayksikkönä toimivan konsessionsaajan tarvitse alihankintaa kilpailuttaa. Sidosityrityksen käsite on määritelty hankintalain 23 §:ssä.¹⁴²

4.4. Käyttöoikeussopimusten kilpailuttaminen julkisena hankintana

Palvelukonsessioiden kilpailuttaminen on jätetty nykyisten hankintadirektiivin ulkopuolelle. EU-tuomioistuimen mukaan kuitenkin myös palveluita koskevien käyttöoikeussopimusten kilpailuttamiseen on sovellettava perustamissopimuksen mukaisia syrjimättömyyden ja avoimen menettelyn määräyksiä. Palvelukonsessiota koskevista hankintasopimuksista on siis käytännössä ilmoitettava siten, kuin hankintalaissa hankintojen ilmoittamisesta säädetään. Palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia kilpailutettaessa tulee kilpailutuksessa soveltaa kansallisia kilpailuttamismenettelyjä, riippumatta siitä mitä palveluita hankinnan kohteena on.¹⁴³ Kansallisten hankintojen kilpailuttamista on käsitelty aiemmin kohdassa 3.10.

Käyttöoikeussopimuksia kilpailutettaessa yleisimmin hankintamenettelyistä käytössä on, kuten kaikentyypisissä hankinnoissa, avoin ja rajoitettu menettely. Neuvottelumenettelyn käyttö konsessioiden kilpailuttamisessa on sallittua poikkeustapauksissa ja tiettyjen edellytysten täytyessä. Neuvottelumenettelyn käyttöä käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa käsitellen seuraavassa pääluvussa. Neuvottelumenettelyn sijaan hankintayksikön saattaa olla turvallisempaa valita joissain tapauksissa kilpailullinen neu-

¹⁴² HE 50/2006 vp s. 73 ja Pekkala & Pohjonen 2014: 299–300.

¹⁴³ Pekkala & Pohjonen 2014: 108–110.

vottelumenettely, koska sen käyttö on sallittua useammassa tapauksissa kuin neuvottelumenettelyn.¹⁴⁴ Kilpailullista neuvottelumenettelyä voitaisiin käyttää kilpailuttamiseen esimerkiksi sellaisessa tapauksessa, että neuvotteluiden edetessä huomataan, ettei hankinnassa siirry riskiä sen toteuttajalle ja kyseessä ei olisikaan käyttöoikeussopimus. Jos tällainen seikka huomattaisiin kesken tavallisella neuvottelumenettelyllä toteutettua hankintamenettelyä, jouduttaisiin hankinta aloittamaan alusta.

4.5. Hankintalain kokonaisuudistuksen vaikutuksia

Koska meneillään on hankintalain kokonaisuudistus, lienee paikallaan tutustua lyhyesti sen mahdollisiin vaikutuksiin, jotka kohdistuvat käyttöoikeussopimuksiin. Voimassa olevan lainsäädännön puitteissa käyttöoikeussopimusten kilpailuttaminen on ollut aika vähäistä. Uuden lainsäädännön tavoitteena on selkiyttää käyttöoikeussopimuksia koskevaa lainsäädäntöä. Selkeämmän lainsäädännön on arvioitu kasvattavan käyttöoikeussopimusten kilpailutuksen määrää. Selkeämmän ja täsmällisemmän sääntelyn on arvioitu myös vähentävän myös hankintayksiköiden hallinnollista taakkaa sekä epävarmuutta niin hankintayksiköille kuin yrityksille koskien hankintasopimusten kilpailuttamista.

Työ- ja elinkeinoministeriön asettaman hankintalain kokonaisuudistusta valmisteleavan työryhmän mietinnössä muutoksia voimassaolevaan lainsäädäntöön tulisi siten, että sekä palveluita että rakennusurakoita sisältävät käyttöoikeusurakat olisivat yhtäläisten menettelysääntöjen piirissä. Uudessa hankintalaissa, kuten jo aiemmin todettua, täsmennettäisiin käyttöoikeussopimuksiin liittyviä määritelmiä. Uuden hankintalain myötä käyttöoikeussopimuksille säädettäisiin yksi yhteinen kynnyсарvo, jonka ylittävissä hankinnoissa noudatettaisiin yhtäläisiä menettelysääntöksiä, jotka perustuisivat käyttöoikeussopimuksista säädettyyn direktiiviin.¹⁴⁵ Uuden hankintalain määrä tulla voimaan keväällä 2016. Vielä tutkielmaa kirjoitettaessa uuden lain valmistelu ei ollut edennyt siihen vaiheeseen, että asia oltaisiin saatu eduskuntakäsittelyyn. Lakiesityksen on tavoite edetä eduskunnan käsittelyyn alkutalvesta 2016.

¹⁴⁴ KOM (2004) 327 s.10.

¹⁴⁵ Työ- ja elinkeinoministeriö 2015: 58 ja 67.

5. NEUVOTTELUMENETTELYN KÄYTTÖ KÄYTTÖOIKEUSSOPIMUSTEN KILPAILUTTAMISESSA

Käyttöoikeussopimukset voidaan kilpailuttaa neuvottelumenettelyä käyttäen hankintalain 25 §:n 2 momentin 4 kohdan sekä 66 §:n mukaisesti. Lain 25 § antaa oikeuden neuvottelumenettelyn käyttämiseksi käyttöoikeusurakoiden kilpailuttamiselle. Käyttöoikeusurakoilla tarkoitettiin käyttöoikeussopimuksia joiden kohteena oli rakentaminen. Hankintalain 66 § puolestaan antaa mahdollisuuden neuvottelumenettelyn käytölle palvelukonsessioita kilpailutettaessa. Neuvottelumenettelyn käyttö on rajattu ainoastaan sellaisiin tapauksiin, joissa lainsäädännön asettamat ehdot menettelyn käytölle täyttyvät. Seuraavassa käyn läpi erikseen neuvottelumenettelyn soveltuvuutta käyttöoikeusurakoiden ja palvelukonsessioiden kilpailuttamisessa. Neuvottelumenettelyn käyttö tarjoaa hankintayksikölle mahdollisuuden tarkentaa ja määrittellä hankinnan kohdetta vielä menettelyn aikaa. Monimutkaisissa hankinnoissa, mitä käyttöoikeussopimukset tyypillisesti ovat, tämä mahdollisuus neuvotella ja tarkentaa hankinnan toteuttamistapaa tekee neuvottelumenettelystä hankintayksikön näkökulmasta houkuttelevan hankintamenettelyn.

5.1. Neuvottelujen sisältö käyttöoikeussopimuksia koskevassa neuvottelumenettelyssä

Oikeuskäytännössä tai kirjallisuudessa ei ole käsitelty neuvottelujen sisältöä juuri käyttöoikeussopimusten kohdalla. Kaikki neuvottelujen sisällön tarkastelu myös yleisesti neuvottelumenettelyä käsittelevissä kirjoituksissa on ollut varsin yleisellä tasolla. Selvä on, kuten aikaisemmin tutkimuksessa on käynyt ilmi, ettei lainsäädäntö aseta rajoituksia sille, mistä asioista neuvotteluja on mahdollista käydä. Ainut seikka, jolla voimassaolevassa lainsäädännössä neuvottelujen sisältöön on haluttu puuttua, on neuvotteluissa mukana olevien tarjoajien tasapuolinen kohtelu. Kaikkien osapuolten kanssa tulee neuvotella samoista seikoista ja kaikilla tahoilla on samat tiedot hankkeesta käytettävissään. Koska käyttöoikeussopimukset ovat yleensä monimutkaisia järjestelyjä, voitaisiin päätellä, että neuvoteltavia asioita ovat ainakin sopimuksen kohteena olevan järjestelyn yksityiskohtien ja laajuuden tarkka sopiminen. Neuvotteluissa järjestelyn lopullinen ja yk-

sityiskohtainen muoto ja toteuttamistapa täsmentyvät. Luonnollista on myös, että neuvotteluiden yhtenä kohteena on hankintayksikön mahdollisesti käyttöoikeuden saajalle maksama korvaus ja sen suuruus. Käyttöoikeussopimukset sisältävät usein myös varsin monimutkaisia oikeudellisia ja rahoituksellisia elementtejä, joiden järjestäminen on varmasti yksi neuvotteluissa esillä oleva asia ja neuvotteluilla voidaan etsiä parasta tapaa näiden järjestelyjen hoitamiselle.

5.2. Käyttöoikeusurakka

Käyttöoikeusurakoiden kilpailuttaminen tapahtuu useimmiten neuvottelumenettelyä käyttäen. Hankintayksiköllä on toki mahdollisuus käyttää myös mitä tahansa muuta menettelyä käyttöoikeusurakan kilpailuttamiseen, mutta käytännön kannalta tällaisen monimutkaisen ja laajan hankinnan tekeminen käyttäen avointa tai rajoitettua menettelyä saattaa olla erittäin hankalaa.¹⁴⁶ Kuten edellisessä kappaleessa totesin, hankintalain 25 § antaa mahdollisuuden hankintayksikölle käyttää neuvottelumenettelyä rakennusurakkaa koskevan käyttöoikeussopimuksen kilpailuttamisessa EU kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta. Neuvottelumenettely on mahdollistettu hankintalain 25 §:n perusteluissa sen vuoksi, että käyttöoikeusurakat ovat luonteeltaan tyypillisesti hyvin laajoja ja kohteeltaan sellaisia, ettei sen määrittely ennakkoon ole aina tarkoituksenmukaista. Urakakonsession määrittelemisen tarkasti etukäteen on katsottu mahdollisesti myös rajoitettavan vaihtoehtoja, joita urakan toteuttamiseksi esitettäisiin. Erilaisten toteuttamisvaihtoehtojen esittämisen mahdollistaminen ja niiden monimutkaisten teknisten, taloudellisten ja oikeudellisten seikkojen arvioiminen urakan toteuttamiselle sopivimman menetelmän löytämiseen edellyttää usein neuvotteluja hankintamenettelyn aikana.

Käyttöoikeusurakaan perustuvissa rakennusurakoissa, alihankinnoissa, kolmannen osapuolen kanssa kilpailuttamisessa tulee suorittaa hankintamenettely samalla tavalla, kuin tavallisissa rakennusurakoissa, eikä hankintalain 25 §:n mahdollistama neuvottelumenettelyn käyttäminen käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa ulotu enää näihin rakennusurakoihin asti. Ovathan aliurakkana totutettavat rakennusurakat sisällöltään täysin samanlaisia, kuin kokonaan erilliset rakennusurakat eikä siten ole perusteltua, että

¹⁴⁶ Eskola & Ruohoniemi 2011: 113.

niiden kilpailuttamisessakaan tulisi olla mitään poikkeuksia tavallisen rakennusurakan kilpailuttamiseen.¹⁴⁷

Vaikka käyttöoikeusurakan kohdalla on hankintalaissa mahdollistettu neuvottelumenettelyn käyttö, on luonnollisesti myös muiden hankintamenettelyjen käyttö mahdollista. EU-kynnysarvot ylittävien käyttöoikeusurakoiden kohdalla saattaa olla riskittävämpää käyttää neuvottelumenettelyn sijasta monimutkaisissa hankinnoissa sallittua kilpailullista neuvottelumenettelyä. Perusteluna tällaiselle toiminnalle on esitetty, että jos menettelyn kesken huomataan, ettei esimerkiksi oletettu riski hankinnassa toteutuisikaan eikä tällöin kyseessä olisikaan käyttöoikeussopimus, kyseessä ei olisikaan käyttöoikeussopimus eikä neuvottelumenettelyn käyttäminen olisi sallittua ja hankinnasta olisi julkaisutava uusi ilmoitus ja hankinta aloitettava kilpailutuksen osalta alusta.¹⁴⁸

Neuvottelumenettelyn käyttö käyttöoikeusurakoissa on mahdollistettu EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa hankintalain 25 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan. Käyttöoikeusurakoiden kohdalla neuvottelumenettely on lain esitöiden mukaan sallittua, koska on katsottu, ettei sopimuksen kohteena olevan kohteen määrittely yksityiskohtaisesti ole ennakkoon tarkoituksenmukaista. Erilaisten toteuttamisvaihtoehtojen esityttäminen ja arvioiminen hankintamenettelyn aikana on haluttu mahdollistaa, ja näin ollen neuvottelumenettelyn käyttö on haluttu tehdä mahdolliseksi käyttöoikeusurakoiden kilpailuttamisessa. Jos käyttöoikeusurakka on arvoltaan pienempi kuin EU-kynnysarvo, voidaan käyttöoikeusurakan saajan valinnassa käyttää kansallista hankintamenettelyä, aivan samoin kuin muissakin EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa. Neuvottelumenettelyn käyttö on EU-kynnysarvot alittavissa palvelukonsessioissa käytettävissä hankintalain 66 §:n 2 momentin 8 kohdan nojalla. Neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollistettu käyttöoikeussopimukseen lain perusteluissa käyttöoikeussopimusten luonteen vuoksi. Käyttöoikeussopimukset ovat tyypillisesti sisällöltään sellaisia, että hankinnan kohteen määrittely ennakolta on mahdotonta tai se ei ole tarkoituksenmukaista parhaan toteuttamisvaihtoehdon löytämiseksi. Tällaisen hankintayksikön kannalta sopivimman toteutusmallin löytäminen edellyttää usein neuvotteluja hankintamenettelyn aikana.

¹⁴⁷ HE 50/2006 vp s. 75.

¹⁴⁸ Pekkala & Pohjonen 2014: 297.

Neuvottelumenettelyn käytön salliminen EU-kynnysarvot alittavien käyttöoikeussopimusten kohdalla on mahdollistettu hankintalain 66 §: nojalla samoin perustein kuin kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa: Käyttöoikeusurakat ovat sisällöltään usein sellaisia, että hankinnan kohteen tarkka määrittely ei ole tarkoituksenmukaista ennakolta tai tällainen määrittely rajoittaisi tarjottavien vaihtoehtojen määrää ja vaikeuttaisi parhaan ja soveltuvimman ratkaisumallin löytämiseksi käyttöoikeusurakan toteuttamiseksi.¹⁴⁹ Käyttöoikeusurakat ovat käytännössä niin laajoja, että ne ylittävät arvoltaan useimmiten EU-kynnysarvon ja siten niiden kilpailuttamisessa kansallisten menettelyiden käyttö ole juurikaan mahdollista. Näin neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista useimmissa tapauksissa hankintalain 25 §:n nojalla.¹⁵⁰

5.3. Palvelukonsessio

Neuvottelumenettelyn käyttö on aina mahdollista palvelua koskevien käyttöoikeussopimusten, eli palvelukonsession kilpailuttamisessa hankintalain 66 §:n 8 kohdan nojalla riippumatta hankinnan arvosta. Urakkakonsessioiden kohdalla sellaiset arvoltaan EU-kynnysarvon alle jäävät urakkakonsessiot, jotka kilpailutetaan käyttäen kansallisia hankintamenettelyjä, voidaan aina kilpailuttaa neuvottelumenettelyä käyttäen hankintalain 66 §:n nojalla. Hankintalain esityöt perustelevat neuvottelumenettelyn käytön sallimisen aina käyttöoikeussopimuksia kilpailutettaessa sen vuoksi, että niiden kohdalla sopimuksen kohteen määrittely ennakolta ei ole mahdollista tai tarkoituksenmukaista parhaan mahdollisen lopputuloksen kannalta sopimusten laajuuden ja sisällöllisen monimutkaisuuden vuoksi. Neuvottelumenettely mahdollistaa keskustelut tarjouspyynnön esittämisen jälkeen erilaisten hankinnan toteuttamisvaihtoehtojen esittämisen ja näiden vaihtoehtojen arvioimisen. Neuvottelumenettelyn salliminen käyttöoikeussopimusten kohdalla on tarjoajien kannalta perustelu esitöissä käyttöoikeussopimukseen liittyvän tarjoajalle jäävän taloudellisen tai oikeudellisen riskin vuoksi.¹⁵¹

¹⁴⁹ HE 50/2006 vp s. 111–112.

¹⁵⁰ Pekkala & Pohjonen 2014: 297.

¹⁵¹ HE 50/2006 vp s. 112.

Voimassaolevassa hankintalainsäädännössä ei ole yksityiskohtaisesti säädelty neuvottelumenettelyn käytöstä sellaisissa hankinnoissa, jotka eivät kuulu hankintadirektiivin sääntelyyn. Aiemmin palvelukonsessiot oli jätetty EU-direktiivien ulkopuolelle, mutta EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä oli ilmennyt linjaus, että myös niiden kilpailuttamisessa on perussopimuksen syrjimättömyyttä ja avoimuutta koskevia määräyksiä. Käytännössä tämä tarkoittaa tämänhetkisessä kotimaisessa lainsäädännössä sitä, että palvelukonsessioiden kilpailuttamisessa tulee aina hankinnan arvosta riippumatta noudattaa samaa sääntelyä, kuin kansallisen kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa.

Käyttöoikeussopimukset on nykyään saatettu direktiivien sääntelyn piiriin direktiivillä käyttöoikeussopimusten tekemisestä (2014/23/EU). Direktiivi on tullut voimaan mutta sitä ei vielä ole integroitu suomessa osaksi kansallista lainsäädäntöä. Integrointi tapahtuu hankintalain kokonaisuudistuksen yhteydessä. Menettelyjen käytöstä direktiivissä ei ole erityistä luettelomaista mainintaa joka tarkoittaisi sitä, että hankintayksikön tulisi voida hyvin vapaasti ja määritellä ja järjestää menettely jolla käyttöoikeuden saaja valitaan.¹⁵² Suomessa hankintalain kokonaisuudistuksen myötä asetettu uudistusta valmisteleva työryhmä on julkaissut mietintönsä kokonaisuudistuksesta. Mietintö sisältää hallituksen esityksen muotoon kirjoitetun ehdotuksen uudeksi hankintalaiksi. Tässä esityksessä esitetään, että kaikki käyttöoikeussopimukset tulisi hankintalain kokonaisuudistuksen jälkeen kilpailuttaa käyttäen kansallisia hankintamenettelyjä¹⁵³. Kansallisten menettelyjen osalta työryhmän mietinnössä esitetään hankintayksikölle lisää harkintavaltaa kansallisilla menettelyillä kilpailutettavissa hankinnoissa. Hankintayksikön olisi mahdollista kilpailuttaa tällaiset hankinnat joko saman esityksen EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevia menettelyjä käyttäen, nykyisen lain kansallisten hankintojen menettelyjä käyttäen tai kokonaan käyttäen itse laatimaansa menettelyä. Jos hankintayksikkö käyttää itse laatimaansa menettelyä, tulee siinä noudattaa hankintalain periaatteita. Esityksessä mainitaan esimerkkinä hankintayksikön itse laatimasta menettelystä nykyistä neuvottelumenettelyä vapaamuotoisempi neuvotteluja sisältävä menettely.¹⁵⁴ Vaikka kyseessä ei ole lopullinen hallituksen esitys, voisi olettaa että sisällöltään se vastaa hyvin pitkälle hallituksen esitystä, joka aikanaan esitetään hankintalain kokonaisuudistuk-

¹⁵² 2014/23/EU s. 12.

¹⁵³ Työ- ja elinkeinoministeriö 2015: 238.

¹⁵⁴ Työ- ja elinkeinoministeriö 2015: 231–232.

sen yhteydessä. Tämä tarkoittaisi sitä, että neuvottelumenettely olisi entistä vapaammin käytössä lakiuudistuksen jälkeen, niin nykyisessä muodossaan kuin sisällöltään vielä nykyistä vapaamuotoisempaa hankintayksikön käyttäessä itse laatimaansa menettelyä.

6. JOHTOPÄÄTÖKSET

Niin sanotussa tavallisessa hankintasopimuksessa hankintayksikkö hankkii haluamansa tavaran, palvelun tai rakennusurakan maksamalla siitä hankitun asian toimittajalle korvausta, joka on yleisimmin rahaa. Käyttöoikeussopimukset eroavat edellä kuvatusta tavallisesta hankinnasta siten, että niissä hankintayksikkö hankkii kyllä haluamansa palvelun tai rakennusurakan, mutta vastikkeena siitä toimittaja saa pelkän rahallisen korvauksen sijaan käyttöoikeuden sopimuksen kohteena olevaan palveluun tai urakan kohteena olevaan rakennukseen. Käyttöoikeuden lisäksi hankintayksikkö voi maksaa toimittajalle rahallista korvausta. Esimerkkinä käyttöoikeussopimuksesta toimii hyvin hankintayksikön ja linja-autoyrittäjän välinen sopimus, jossa yrittäjä sitoutuu tarjoamaan kuljetuspalveluita sovitulla reitillä siten, että saa osan tuloistaan palvelua käyttäviltä asiakkailta ja osan hankintayksiköltä.

Käyttöoikeussopimukset voidaan jakaa kahteen ryhmään niiden sisällön mukaan. Palveluita koskevat käyttöoikeussopimukset, palvelukonsessiot, ovat sisällöltään samanlaisia julkisia hankintoja, kuin hankintalain määrittelemät tavalliset palveluhankinnat. Toinen ryhmä, rakennusurakan sisältävä käyttöoikeussopimus eli urakkakonsessio, on puolestaan sisällöltään samankaltainen kuin hankintalain mukainen rakennusurakka. Se kummantyyppinen käyttöoikeussopimus on kyseessä, on merkityksellistä käyttöoikeussopimuksen kilpailuttamisen kannalta. Palveluita koskevat käyttöoikeussopimukset ovat aina kilpailutettavissa kansallisia hankintamenettelyjä käyttäen sen kokonaisarvosta riippumatta. Tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista aina kilpailutettaessa palvelukonsessioita. Käyttöoikeusurakoissa käytettävissä olevat hankintamenettelyt ovat riippuvaisia hankinnan kokonaisarvosta. Arvioidulta kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvot alittavat käyttöoikeusurakat voidaan kilpailuttaa hankintalain 9 luvusta löytyviä kansallisin hankintamenettelyjä noudattaen, kun taas kynnysarvot ylittävät käyttöoikeussopimukset tulee kilpailuttaa sen mukaan, mitä hankintalaissa määrätään kynnysarvot ylittävien hankintojen kilpailuttamisesta.

Arvioitaessa sitä, onko hankinnassa kyse tavallisesta hankinnasta vai käyttöoikeussopimuksesta, tärkeä piirre korvauksen lisäksi on riskin siirtyminen käyttöoikeuden saajalle. Jos riski ei siirry hankintayksiköltä käyttöoikeuden saajalle, kyseessä on käyttöoikeussopimuksen sijasta tavallinen hankinta. Riskin siirtymistä on useasti pidetty tärkeimpänä seikkana rajanvetotilanteessa tavallisen hankinnan ja käyttöoikeussopimuksen välille. Niin kansallisessa kuin unioninkin oikeuskäytännössä on katsottu, että riskin määrän ei tarvitse olla suuri eikä riskin tarvitse kokonaan siirtyä käyttöoikeuden saajalle, vaan riittää kun osa riskistä tosiasiallisesti siirtyy hankintayksiköltä käyttöoikeussopimuksen saajalle. Riskin tulee lisäksi olla luonteeltaan sellaista, etteivät sopimuksen osapuolet voi siihen omalla toiminnallaan vaikuttaa. Riskin on oltava luonteeltaan taloudellista, eikä hankintayksikön palvelun tai urakan suorittamisesta mahdollisesti maksama korvaus saa siis määrältään korvata suorittajalle toteuttamisesta aiheutuvia kustannuksia. Sopimuksen suorittamisesta aiheutuneiden menojen tulee olla riippuvaista palvelun tai omaisuuserän tosiasiallisesta kysynnästä. Riskiä ei saa poistaa myöskään lainsäädännöllä tai muulla julkisella sääntelyllä. Käyttöoikeussopimuksen saajan omalla toiminnallaan aiheuttamalla riskillä ei ole merkitystä arvioitaessa käyttöoikeussopimukseen liittyvää riskiä.

Neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan hankintalain määritelmän mukaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Hankintayksikkö neuvottelee hankintasopimuksen ehtoista valitsemansa toimittajien kanssa. Neuvottelumenettelyssä hankintayksikön on mahdollista määritellä hankinnan sisältö ja valintaehdot tarjouskilpailuun mukaan valittujen toimittajien kanssa käydyissä neuvotteluissa. Tyypillisiä neuvottelumenettelyn käyttötilanteita ovat pitkäkestoiset, usein monimutkaisia rahoituksellisia ja oikeudellisia järjestelyjä sisältävät käyttöoikeussopimukset.

Kummastakaan, hankintalaista tai hankintadirektiivistä, ei löydy tarkempaa sääntelyä sille, mistä seikoista neuvottelumenettelyn aikana on mahdollista neuvotella. Hankintalaissa todetaan ainoastaan, että neuvotteluilla pyritään löytämään paras mahdollinen tarjous, joka täyttää hankintayksikön hankinnalle asettamat tavoitteet. Lainsäädännöllä ei ole haluttu rajoittaa tavoitteen täyttymistä asettamalla rajoituksia siihen, mitä seikkoja

neuvottelut voivat koskea. Neuvotteluiden sisältö voikin vaihdella hankinnan teknisestä toteuttamisesta oikeudellisten seikkojen kautta hintaan ja kaikkeen mahdolliseen siltä väliltä. Neuvottelujen toteuttamisessa hankintayksikön tulee kuitenkin olla erittäin huolellinen siitä, että neuvottelut toteutetaan siten että niissä kaikkia neuvotteluissa mukana olevia tarjoajia kohdellaan tasapuolisesti. Hankintayksikön tulee neuvotella kaikkien toimittajien kanssa samoista seikoista ja dokumentoida neuvottelut huolella jälkikäteistä arviointia varten.

Neuvottelumenettelyn käyttö on nykyisessä hankintalaissa rajattu ainoastaan sellaisiin hankintoihin, jotka täyttävät neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset. Nykyisessä hankintalaissa neuvottelumenettelyn käyttö on rajattu tiukasti poikkeuksellisen vaativiin hankintoihin sekä tiettyihin erityistilanteisiin. Hankintayksikön on aina perusteltava neuvottelumenettelyn käyttö. Hankintalaissa säädellyt neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset riippuvat hankinnan kokonaisarvosta. EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta käyttöedellytykset on määritelty hankintalain 25 §:ssä ja kansallisten hankintamenettelyjen mukaan kilpailutettavien hankintojen osalta hankintalain 66 §:ssä.

EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa neuvottelumenettelyä voitaisiin käyttää viides- sä eri tapauksessa. Neuvottelumenettelyn käyttöön voidaan siirtyä siinä tapauksessa, että sitä edeltävässä avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu tarjouspyyntöä vastaavia tarjouksia tai saatuja tarjouksia ei voida hyväksyä. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää hankinnoissa, joissa niiden kokonaishinnoittelu ei etukäteen ole mahdollinen. Palveluhankinnoissa, joissa hankinnan luoteen vuoksi ei pystytä laatimaan tarjouspyyntöä tai tehtävänmäärittelyä niin, että niiden perusteella kyettäisiin avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen valitsemaan tarjouskilpailunvoittaja. Hankinnassa, joka tehdään vain tutkimusta, kokeilua tai kehittämistä varten, voidaan käyttää neuvottelumenettelyä. EU- kynnysarvo ylittävien käyttöoikeusurakoiden, eli rakennusurakkaa koskevien käyttöoikeussopimusten, kohdalla on aina mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä.

Hankintalain 66 §:n mukaan hankintayksikön on mahdollista käyttää arvioidulta kokonaisarvoltaan EU-kynnysarvot alittavissa hankinnoissa seuraavissa tapauksissa: Han-

kinnassa ei sen luonteen vuoksi pystytä tai ei ole tarkoituksenmukaista laatia tarjouspyyntöä etukäteen niin tarkasti, että tarjouskilpailun voittajan valinta olisi mahdollista käyttäen avointa tai rajoitettua menettelyä. Hankinta saattaa olla luonteensa tai siihen liittyvien riskien takia sellainen, ettei etukäteinen kokonaishinnoittelu ole mahdollista. Tällaisissa tapauksissa neuvottelumenettelyn käyttö on sallittu. Hankinnoissa, joissa tarjoajien on mahdollista esittää hankinnan rahoitukseen käytettäviä elinkaari tai yksityisrahoitusmalleja, on mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä. Hankinnassa, joka edellyttää palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen tai pätevyyden erityistä arviointia, on mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää julkisen ja yksityisen sektorin yksittäisen yhteistyöjärjestelyyn tai pysyvään kumppanuussopimusta koskevassa hankinnan kilpailuttamisessa. Valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettyjen terveyspalveluiden kilpailuttamiseen on mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä. Hankittaessa sellaista palvelua, johon sen erityislaatuisuuden vuoksi on tarkoituksenmukaista koota erityinen asiantuntijayksikkö, voidaan käyttää neuvottelumenettelyä. Neuvottelumenettelyn käyttö on hankintalaissa mahdollistettu myös erityisen kiireellisissä hankinnoissa, joissa suora hankinta on mahdoton. Tällainen erityinen kiire ei saa johtua hankintayksikön omasta toiminnasta. Neuvottelumenettelyä on mahdollista käyttää myös käyttöoikeussopimusten kilpailuttamiseen aina silloin, kun ne kokonaisarvoltaan ovat sellaisia, että ne kilpailutetaan käyttäen kansallisia hankintamenettelyjä.

Neuvottelumenettelyssä noudatetaan samoja sääntöjä niiden kokonaisarvosta riippumatta, eli siitä, kilpailutetaanko hankinta kansallisia vai EU-kynnysarvot ylittävien menettelyjen mukaisesti. Menettely alkaa hankintayksikön julkaistessa hankintailmoituksen, jonka perusteella hankinnasta kiinnostuneet tarjoajat voivat jättää osallistumishakemuksensa hankintaan. Hankintayksikkö valitsee mukaan ennakolta ilmoittamansa määrän tarjoajia antamiensa kriteerien perusteella, joiden kanssa se käy neuvotteluja kaikista hankintasopimuksen ehdoista. Neuvoteltavia asioita ei ole hankintalainsäädännössä rajattu, vaan neuvottelu on mahdollista kaikista hankintaan liittyvistä kysymyksistä. Neuvotteluissa on kuitenkin otettava huomioon tarjoajien tasapuolinen kohtelu. Neuvottelujen tarkoituksena on löytää ja muokata sopivia ratkaisuja täyttämään parhaalla mahdollisella tavalla hankintayksikön tarpeen. Neuvottelut päätetään lopullisten tarjousten

pyytämiseen, joista valitaan kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Tarjouskilpailun voittajan kanssa voidaan jatkaa neuvotteluja vielä kilpailuttamisvaiheen jälkeenkin. Näissä neuvotteluissa viimeistellään käytännön toteutus, rakenne sekä rahoitusjärjestelyt. Näissä kilpailutuksen jälkeen käytävissä neuvotteluissa ei saa enää tehdä sellaisia muutoksia, jotka muuttavat hankinnan sisältöön olennaisesti.

Hankintayksikön näkökulmasta neuvottelumenettely on hankintalain mukaisista hankintamenettelyistä kaikkein joustavin ja muodoltaan vähiten säädelty. Tarjoajien näkökulmasta neuvottelumenettely taas on kaikkien vähiten avoin menettely, sillä siinä on mukana vain pieni määrä tarjoajia eikä valinnan perusteista ilmoiteta etukäteen. Neuvottelumenettelyn heikkoutena on pidetty sitä, että se vaatii paljon aikaa sekä osaamista ja aiheuttaa kustannuksia sekä hankintayksikölle että tarjoajille.

Neuvottelumenettelyä voidaan pitää luonteeltaan usein monimutkaisten ja laajojen käyttöoikeussopimusten kilpailuttamiseen kaikkein sopivimpana hankintamenettelynä. Neuvottelumenettely mahdollistaa sopimuksen kohteen täsmentämisen ja parhaan toteuttamisvaihtoehdon etsimisen ja täsmentämisen vielä menettelyn aika, mikä tällaisessa monimutkaisessa ja vaikeasti määriteltävässä hankinnassa on valtava etu. Lainsäädäntö ei kaikkien tarjoajien tasapuolisen kohtelun lisäksi aseta neuvotteluille rajoitteita, vaan neuvotteluissa on mahdollista käydä läpi kaikkia hankintaan liittyviä seikkoja itse hankinnan kohteen täsmentämisestä sopimuksen oikeudellisiin järjestelyihin.

Kuten edellä neuvottelumenettelyn käyttöedellytyksiä käsiteltäessä kävi ilmi, voidaan hankintalain 25 ja 66 §:ien perusteella neuvottelumenettelyä käyttää käyttöoikeussopimusten kilpailuttamisessa. Hankintalain 25 §:n nojalla on mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä käyttöoikeusurakoiden, eli käyttöoikeussopimusten joiden kohteena on rakennusurakka, kilpailuttamisessa. 66 §:n nojalla puolestaan neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollistettu palvelukonsessioiden kilpailuttamisessa niiden kokonaisarvosta riippumatta. Neuvottelumenettelyn käyttö on rajattu ainoastaan sellaisiin tilanteisiin, joissa lainsäädännön asettamat käyttöehdot täyttyvät. Se, että käyttöoikeussopimusten kilpailuttamiseen on lainsäädännön puitteissa mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä,

ei tietenkään tarkoita sitä, ettei muita hankintamenettelyjä voitaisiin käyttää käyttöoikeussopimusten kilpailuttamiseen.

Hankintalain 25 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan käyttöoikeusurakoiden kilpailuttamiseen on mahdollista käyttää neuvottelumenettelyä. Lain esitöiden mukaan neuvottelumenettelyn käyttö on sallittua käyttöoikeusurakoiden kohdalla sen vuoksi, että tällaisen sopimuksen kohteen tarkan määrittelyn etukäteen on katsottu olevan epätarkoituksenmukaista. Neuvottelumenettelyn käytön on katsottu mahdollistavan erilaisten toteutamisvaihtoehtojen esittäminen ja arvioiminen hankintamenettelyn aikana. Menettelyn avulla on mahdollista neuvottelulla etsiä paras tapa käyttöoikeussopimuksen toteuttamiseksi. Hankintalain 25 §:n nojalla käyttöoikeusurakoiden kilpailuttaminen on mahdollistettu sellaisissa tapauksissa, kun urakan ennakoitu arvo ylittää EU-kynnysarvon, joka on käyttöoikeusurakoiden kohdalla enemmän kuin 5 186 000 euroa. Jos käyttöoikeusurakka jää arvioidulta kokonaisarvolta edellä mainitun kynnysarvon alle, voidaan se kilpailuttaa kansallisia hankintamenettelyjä käyttäen ja tällöin kilpailuttamisessa voidaan käyttää aina neuvottelumenettelyä. Käyttöoikeusurakat ovat kuitenkin käytännössä niin laajoja sopimuksia, että niiden kokonaisarvo lähes aina ylittää EU-kynnysarvon ja näin neuvottelumenettelyä voidaan useimmiten käyttää niiden kilpailuttamiseen juuri hankintalain 25 §:n nojalla.

Palveluita koskevat käyttöoikeussopimusten, palvelukonsessioiden, kilpailuttaminen jätettiin aiemmin julkisia hankintoja käsittelevien EU-direktiivien ulkopuolelle. Vuonna 2014 tilanne muuttui, ja käyttöoikeussopimusten tekemisestä säädettiin oma direktiivinsä. Tätä direktiiviä ei vielä ole implementoitu osaksi kansallista lainsäädäntöä Suomessa. Vaikka käyttöoikeussopimukset olivat aiemmin jätetty direktiivien sääntelyn ulkopuolelle, on EU-tuomioistuin kuitenkin ratkaisunsa käytännössään linjannut, että palvelukonsessioiden kilpailuttamisessa tulee noudattaa kuitenkin perustamissopimuksen syrjimättömyyttä ja avoimutta koskevia määräyksiä. Käytännön hankintatoimessa tämä tarkoittaa palvelukonsessioiden kilpailuttamisessa sitä, että niiden kilpailuttamisessa on arvoista riippumatta noudatettava sääntelyä, joka koskee kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintoja.

Palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten kilpailuttaminen on hankintalaissa mahdollistettu 66 §:n 8 kohdassa. Tämä lainkohta mahdollistaa neuvottelumenettelyn käytön myös jo edellä mainituissa käyttöoikeusurakoissa, joiden ennakoitu kokonaisarvo jää EU-kynnysarvon alle. Koska palvelukonsessiot on jätetty hankintadirektiivien sääntelyn ulkopuolelle, ei niiden kohdalla tarvitse miettiä kynnysarvoja, vaan neuvottelumenettelyn käyttö on sallittu arvosta riippumatta aina kun hankinta on luokiteltavissa palvelukonsessioksi. Perusteena neuvottelumenettelyn käytön sallimiselle aina palvelukonsessioita kilpailutettaessa lain esitöissä on mainittu samat syyt, joiden takia neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista käyttöoikeusurakoissa: hankinnat ovat laadultaan ja laajuudeltaan sen luonteisia, että kohteen tarkka etukäteinen määrittely ei ole katsottu olevan tarkoituksenmukaista parhaan mahdollisen lopputuloksen aikaansaamiseksi.

LÄHDELUETTELO

Aalto-Setälä, Ilkka ym. (2008) Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Helsinki: Tietosanoma.

Arrowsmith, Sue (2005) The Law of Public and Utilities Procurement. Lontoo.

Eskola, Saira & Erkkö Ruuhoniemi (2011). Julkiset hankinnat. Juva: WSOY.

Hankintailmoitukset (2013) Hankintailmoitusten tilastot. Saatavissa 24.2.2015 osoitteessa <http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/docs/Tilastot2013>.

Husa, Jaakko (1995) Julkisoikeudellinen tutkimus: tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta. Tampere: Finnpublishers.

Husa, Jaakko, Teuvo Pohjolainen (2008). Julkisen vallan oikeudelliset perusteet: johdatus julkisoikeuteen. Helsinki: Talentum.

Hyvönen, Janne, Kaija Kess, Tero Piisi, Heikki Tuomela, Jaakko Uotila (2007) Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Helsinki: Edita publishing Oy.

Kaisto, Janne (2009) Varallisuus oikeus ja julkiset hankinnat. Oikeustiede-Jurisprudentia 2009:XLII: 121–259.

KOM (2004) 327 lopullinen. Vihreä kirja. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta.

Kuusniemi-Laine, Anna, Pilvi Takala (2008) Julkiset hankinnat: käsikirja. Helsinki: Edita.

Laakso, Seppo (1990). Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta : erityisesti julkis-oikeuden alalla. Helsinki: Valtionhallinnon kehittämiskeskus.

Lehto, Karoliina (2015) Dynaamista hankintajärjestelmää koskeva sääntely ja uuden hankintadirektiivin tuomat muutokset. Edita. Saatavissa 17.4.2015 osoitteessa www.edilex.fi/artikkelit/14915

Lehto, Karoliina (2012) Sähköinen huutokauppa osana hankintamenettelyä. Edita. Saatavissa 17.4.2015 osoitteessa www.edilex.fi/lakikirjasto/8686.

Lundström, Iiona (2011) Kuntien palveluhankintojen murros Tutkimus kuntien palveluhankintojen kilpailuttamisessa esiintyvistä ongelmista ja niiden syistä. Helsinki: Suomen kuntaliitto.

Nenonen Anne (2015) Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Lakimies 2/2015: 249–256.

Pekkala, Elise & Mika Pohjonen (2012). Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. Helsinki: Tietosanoma.

Siikavirta, Kristian (2015) Julkisten hankintojen perusteet. Edita Publishing Oy.

Työ- ja elinkeinoministeriö (2014). Julkiset hankinnat, hankintalainsäädännön kokonaisuudistus. Saatavissa 16.1.2014: http://www.tem.fi/kuluttajat_ja_markkinat/julkiset_hankinnat/hankintalain_kokonaisuudistus.

Työ- ja elinkeinoministeriö (2015) Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. Saatavissa 27.8.2015 osoitteessa https://www.tem.fi/files/42893/TEMjul_37_2015_web_13052015.pdf.

Ukkola, Markus (2013) Julkisten hankintojen EU-lainsäädännön modernisaatio. Defensor Legis N:o 2/2013: 259–269.

Ukkola, Markus (2012) Neuvottelumenettely dialogina. Defensor Legis N:o 2/2012: 261–272.

Ukkola, Markus (2011a) Hankintalainsäädännön soveltamisalasta ja hankintasopimuksesta. Defensor Legis N:o 3/2011: 290–308.

Ukkola, Markus (2011b) Julkisten ja yksityisten tahojen välisten kumppanuusjärjestelyiden kilpailuttamisvelvollisuudesta. Edilex 2011/14. Saatavissa 18.8.2015 osoitteessa <http://www.edilex.fi/artikkelit/7934.pdf>.

Valtion hankintakäsikirja (2010) Valtionvarainministeriän julkaisuja. Saatavissa 12.12.2015 osoitteessa <http://vm.fi/documents/10623/307565/Valton+hankintak%C3%A4sikirja+2010/a02ceb72-d9c8-41e2-aed1-5de219b1c433>

Wikström, Kauko (2006). Yleiset opit verotuksessa ja vero-oikeudessa. Turku: Turun yliopisto.

Willberg, Mirja (2006) Millä perusteella kilpailuttamaan?: Tutkimus sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen ja sen toimijoiden tietoperustasta ja preferenssesistä. Kuopion yliopiston julkaisuja. E, Yhteiskuntatieteet, no 139.

Oikeuskäytäntö

C-206/08, WAZV Goth.

C-348/10, Norma-A SIA ja Dekom SIA vastaan Latgales planosanas region 10.11.2011.

C-458/03, Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen.

KHO 2012/71.

KHO 2.4.2003 T 810.

KHO 19.10.2005 taltio 2647.

KHO 24.10.2005 taltio 3040.

MAO 23.6.2005/163.

MAO 30.6.2009/331.

MAO 16.10.2009/494.

MAO 30.10.2010/481.

MAO 9.8.2011/358.

MAO 10.7.2012/262-264.

MAO 6.6.2013/250.

MAO 8.1.2015/5.

Virallislähteet

92/50/ETY Neuvoston direktiivi julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

2004/17/EY Euroopan parlamentin ja neuvoston vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta.

2004/18/EY Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

2012/24/EU Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivijulkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta.

2014/23/EU Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi käyttöoikeussopimusten tekemisestä.

HE 50/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.

HE 101/2001 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.

Laki julkisista hankinnoista 348/2007.

Laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä 7.6.2011/698.

TaVM 26/2006 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.